

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2025 r. przez wykonawcę **FCC Lubliniec Sp.**

z o.o. z siedzibą w Lublińcu, ul. Przemysłowa 5, 42-700 Lubliniec w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Koszęcin, ul. Powstańców Śląskich 10, 42-286 Koszęcin**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Kokotek 33, 41-700 Ruda Śląska**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Gminę Koszęcin, ul. Powstańców Śląskich 10, 42-286 Koszęcin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FCC Lubliniec Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu, ul. Przemysłowa 5, 42-700 Lubliniec** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **FCC Lubliniec Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu, ul. Przemysłowa 5, 42-700 Lubliniec** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Koszęcin, ul. Powstańców Śląskich 10, 42-286 Koszęcin** na rzecz wykonawcy **FCC Lubliniec Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu, ul. Przemysłowa 5, 42-700 Lubliniec** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **FCC Lubliniec Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu, ul. Przemysłowa 5, 42-700 Lubliniec** tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 5647/25

Uzasadnienie

Gmina Koszęcin, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe, powstałych na terenie Gminy Koszęcin”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 października 2025 r., numer publikacji ogłoszenia w Dzienniku UE: OJ S 203/2025.

W dniu 15 grudnia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca FCC Lubliniec Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zwanego dalej „wykonawcą PreZero”;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PreZero, pomimo że wykonawca ten nie zabezpieczył oferty prawidłowym wniesieniem wadium, co stanowi nieusualną wadę oferty i powoduje automatyczną konieczność odrzucenia oferty;
3. zaniechaniu rzetelnego zbadania dokumentów złożonych w toku postępowania przez wykonawcę PreZero i przyjęcie za prawidłowe złożenie dokumentów, które zostały niepodpisane lub podpisane w sposób nieprawidłowy. Powyższe prowadzi do sytuacji, w której zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy PreZero, pomimo, że wykonawca PreZero nie wykazało, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PreZero i w rezultacie wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta wykonawcy PreZero podlega odrzuceniu, gdyż nie jest zabezpieczona prawidłowo wniesionym wadium. Wadium złożone przez wykonawcę PreZero na zabezpieczenie oferty (wniesione w formie gwarancji bankowej) jest niezgodne z art. 98 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz wymogami zamawiającego

zawartymi w SWZ. W wyniku czego zamawiający, dokonując oceny oferty, w sposób nieprawidłowy uznał tę ofertę za ważną i niepodlegającą odrzuceniu. Powyższe stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Ewentualnie z daleko posuniętej ostrożności, gdyby zarzut nr 1 nie został uwzględniony:

2.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b, c ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PreZero do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego złożonych w formie elektronicznej, które nie zostały opatrzone prawidłowym podpisem elektronicznym lub w ogóle go nie posiadają, co uniemożliwiło zamawiającemu ocenę spełnienia warunków udziału przez wykonawcę PreZero w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, a w konsekwencji doprowadziło do wybrania jako najkorzystniejszej oferty, która może być odrzucona. Powyższe stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy PreZero ponieważ, wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, zatem należy ustalić, że nie wniósł wadium;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu po odrzuceniu oferty wykonawcy PreZero;

do zarzutu ewentualnego:

- 4) wezwanie wykonawcy PreZero do przedstawienia prawidłowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i potwierdzenia braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia;

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania

Odwołujący przedstawił w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując postanowienia SWZ, treść złożonych ofert oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający w dniu 16 grudnia 2025 r. zamieścił odwołanie na stronie postępowania na platformie e-zamowienia.pl.

W dniu 19 grudnia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PreZero Service Południe Sp. z o. o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zwany dalej „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 30 stycznia 2026 r. zamawiający złożył STANOWISKO ZAMAWIAJĄCEGO - ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy PreZero Service Południe Sp. z o. o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zwanego dalej „wykonawcą PreZero” lub „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez odwołującego w załączeniu do odwołania dowód, tj.: pismo skierowane do zamawiającego w dniu 10.12.2025 r.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez zamawiającego w załączeniu do złożonego STANOWISKA ZAMAWIAJĄCEGO - ODPOWIEDZI NA ODWOŁANIE dowód, tj.: Raport z weryfikacji podpisu KRK.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PreZero i w rezultacie wybranie oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta wykonawcy PreZero podlega odrzuceniu, gdyż nie jest zabezpieczona prawidłowo wniesionym wadium (zarzut 1 odwołania) potwierdził się

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale 7 SWZ PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE, PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE ORAZ INNE OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY podał jakie oświadczenia i dokumenty składane są wraz z ofertą, w tym:

„7.1.5. Dowód wniesienia wadium.

W przypadku wniesienia wadium w postaci niepieniężnej, do oferty należy dołączyć (w wyodrębnionym pliku) elektroniczny dokument potwierdzający wniesienie wadium – zgodnie pkt.11.1;

W przypadku Wykonawców składających ofertę wspólną treść dokumentu wadialnego musi zapewniać możliwość zaspokojenia interesów Zamawiającego co oznacza, że uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musi obejmować wszystkie wskazane w ustawie przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy, tj. działania lub zaniechania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

W przypadku wniesienia wadium w postaci pieniężnej, zaleca się złożyć wraz z ofertą potwierdzenie nadania przelewu.”.

Z kolei w rozdziale 11 SWZ WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM ORAZ ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY 10. OPIS SPOSOBU UDZIELANIA WYJAŚIEŃ DOTYCZĄCYCH SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA zamawiający podał:

„11.1. Wymagania dotyczące wadium

11.1.1.

Wykonawca przystępujący do postępowania jest zobowiązany wnieść wadium w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100)

11.1.2.

Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i utrzymywać nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w niniejszym rozdziale SWZ.

11.1.3.

Formy wnoszenia wadium: wadium może być wniesione według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

a)pieniędzy;

b)gwarancjach bankowych;

c)gwarancjach ubezpieczeniowych;

d)poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tj. Dz.U. z 2020r. poz. 299).

11.1.4.

Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacać przelewem na następujący rachunek bankowy:

Międzypowiatowy Bank Spółdzielczy w Myszkowie

ul. Kościuszki 111, 42-300 Myszków

nr konta: 84 8288 0004 2000 0000 0013 0010

Uwaga:

Wadium w tej formie uważa się za wniesione w sposób prawidłowy, gdy środki pieniężne wpłyną na konto Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

11.1.5.

Wadium wnoszone w postaci niepieniężnej należy złożyć wraz z ofertą. Należy przekazać oryginał gwarancji lub poręczenia w formie elektronicznej.

Uwaga:

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, treść dokumentu wadialnego musi zapewniać możliwość zaspokojenia interesów Zamawiającego co oznacza, że uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musi obejmować wszystkie wskazane w ustawie przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy, tj. działania lub zaniechania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

11.1.6.

Zwrot wadium „z urzędu”:

a) Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności wskazanych w art. 98 ust. 1 pkt 1-3 ustawy.

11.1.7.

Zwrot wadium na wniosek Wykonawcy:

a) Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium Wykonawcy:

11.1.7.a.1.

który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

11.1.7.a.2.

którego oferta została odrzucona;

11.1.7.a.3.

po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

11.1.7.a.4.

po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

11.1.8.

Złożenie wniosku o zwrot wadium, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z Wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w ustawie oraz w pkt. 22 SWZ.

11.1.9.

Zatrzymanie wadium:

a) Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie innej niż w pieniądzu, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

11.1.9.a.1.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy, z przyczyn leżących po

jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

b) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

11.1.9.b.1.

odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

11.1.9.b.2.

nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

c) Zawarcie umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego stanie się niemożliwe

z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

11.1.10.

Jeżeli Wykonawca jest podmiotem niepodlegającym reżimowi prawa polskiego i właściwości sądów polskich, w treści gwarancji musi figurować zapis o poddaniu sporów wynikających z wadium prawu polskiemu i polskiemu sądownictwu.”

Wykonawca PreZero złożył w załączeniu do oferty „Gwarancję Bankową Przetargową Nr GW/006886/25, w treści której wskazano:

„(...) bezwarunkowo nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej (...) na pierwsze żądanie beneficjenta skierowane do banku, zawierające oświadczenie, że:

1) Oferent, mimo że jego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

2) Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta”.

Powyższe zakwestionował odwołujący wnosząc odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli nie wniósł on wadium, wniósł je w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą”. Oznacza to, że brak wadium lub jego niewłaściwe wniesienie skutkuje odrzuceniem oferty.

Art. 98 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że:

„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.”

Tak więc treść gwarancji przetargowej powinna być zgodna z wymogami formalnymi wskazanymi w dokumencie SWZ. Gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, aby nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że bezspornym jest, że w treści „Gwarancji Bankowej Przetargowej Nr GW/006886/25” złożonej przez wykonawcę PreZero nie wskazano przesłanki niezłożenia przez wykonawcę dokumentów z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, tj. przesłanki zatrzymania wadium, która znajduje zastosowanie w sytuacji gdy „wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

W treści gwarancji wskazano jedynie przesłanki zatrzymania wadium opisane w art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, tj. zawarto oświadczenie, że:

„zobowiązujemy się wobec beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej (...) na pierwsze żądanie beneficjenta skierowane do banku, zawierające oświadczenie, że:

1) Oferent, mimo że jego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

2) Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta”.

To właśnie z punktu 2 złożonej gwarancji, tj. treści „Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta” zamawiający wywiódł, że jej treść „obejmuje nie tylko literalne wyliczenie dwóch przypadków wskazanych w art. 98 ust. 6 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, ale również szerokie zobowiązanie gwaranta do zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, gdy „zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta”. Ten zapis, zdaniem zamawiającego, ma kluczowe znaczenie dla oceny zakresu odpowiedzialności gwaranta, ponieważ stanowi sformułowanie o charakterze generalnym, obejmujące każdą sytuację, w której działanie lub zaniechanie wykonawcy

skutkuje brakiem możliwości zawarcia umowy. W jego ocenie jest to kategoria znacznie szersza niż literalne brzmienie art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp i obejmuje swoim zakresem również te okoliczności, które w ustawie wymieniono jako odrębną przesłankę zatrzymania wadium, tj. przypadki z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, kiedy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złoży wymaganych podmiotowych środków dowodowych, oświadczeń lub dokumentów albo nie wyrazi zgody na poprawienie oczywistej omyłki, co uniemożliwia wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Tymczasem pominięta w treści gwarancji treść art. 98 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, który stanowi podstawę żądania od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych, a także braku podstaw do wykluczenia, jest jednym z fundamentów dokumentu gwarancji. Brak tej treści lub klauzula o odmiennej treści, która nie odnosi się do okoliczności wymienionych w tej przesłance stoi w opozycji do istoty samego wadium jako zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Dyspozycją tego przepisu (art. 98 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp) objęte są bowiem przypadki niedokonania określonych w nim czynności przez wykonawcę, jeśli spowodowało to brak możliwości wybrania złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

„Izba podziela zapatrywania wyrażone w orzecznictwie, zgodnie z którymi zamawiający już w chwili otwarcia ofert musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma on sumę gwarancyjną w całości. Ponadto gwarancja jest dokumentem, który nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu na podstawie odpowiednich regulacji ustawowych. W przypadku gwarancji, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent - gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium. Owszem zgodzić można się, że treść gwarancji nie musi być wiernym odwzorowaniem przepisów ustawy, niemniej musi wyraźnie z niej wynikać, że swym zakresem obejmuje wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 Pzp.” (wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 31 marca 2023 r. w sprawach o sygn. akt KIO 728/23 i KIO 751/23) Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Izba nie rozpatrywała zarzutu 2, tj. zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b, c ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PreZero do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego złożonych w formie elektronicznej, które nie zostały opatrzone prawidłowym podpisem elektronicznym lub w ogóle go nie posiadają, co uniemożliwiło zamawiającemu ocenę spełnienia warunków udziału przez wykonawcę PreZero w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, a w konsekwencji doprowadziło do wybrania jako najkorzystniejszej oferty, która może być odrzucona (zarzutu 2 odwołania) podniesionego - jak podkreślał odwołujący - „ewentualnie z daleko posuniętej ostrożności, gdyby zarzut nr 1 nie został uwzględniony”. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono, że „Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie ZamPublU”. Tak więc przyjmuje się - jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, np. w wyroku z dnia 31 stycznia 1996 r. w sprawie o sygn. akt III CRN 58/95; w wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 219/11 i w wyroku z dnia 4 października 2012 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 100/12i - iż *żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak jest podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego*”. Oznacza to, że uwzględnienie przez Izbę zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego, gdyż żądanie ewentualne nie jest już przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: