Sygn. akt KIO 599/20

WYROK

z dnia 15 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIVIS POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie i Polski Holding Ochrony S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Sp. z o.o. w Warszawie, SOLID SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie; SOLID Sp. z o.o. w Warszawie;

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider Sp. z o. o. w Legnicy, 7 MG Sp. z o. o. w Legnicy, EKOTRADE Sp. z o.o. w Warszawie, EKOTRADE OCHRONA Sp. z o.o. w Warszawie, EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie, AGOPOL-EKOTRADE Sp. z o.o. ZPCHr w Słupsku;

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider Sp. z o. o. w Legnicy, Dersław Sp. z o.o. w Zawadzie, STEKOP S.A. w Warszawie, STEKOP OCHRONA Sp. z o.o. w Kolonii Porosłach;

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Technical Security Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Defender Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o., we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o., we Wrocławiu, GWARANT Agencja Ochrony S.A. w Opolu

zgłaszających swoje przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIVIS POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie i Polski Holding Ochrony S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIVIS POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie i Polski Holding Ochrony S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIVIS POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie i Polski Holding Ochrony S.A. w Warszawie na rzecz Polskich Kolei Państwowych S.A. w Warszawie kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z

tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 599/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi społeczne i inne szczególne usługi, których przedmiotem jest świadczenie usług ochrony fizycznej osób i mienia na dworcach kolejowych znajdujących się w zarządzie zamawiającego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 28 stycznia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 019-043311. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CIVIS POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie i Polski Holding Ochrony S.A. w Warszawie, którzy 20 marca 2020 r. wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez czynność odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadań 1, 2, 3, 5 i 6, która według zamawiającego nie została zabezpieczona wadium w sposób opisany w Rozdziale XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ", tj. odwołujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy;

2. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania 1 wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Impel Technical Security Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Defender Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o., we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o., we Wrocławiu, GWARANT Agencja Ochrony S.A. w Opolu, dalej jako: „Konsorcjum Impel", wybranemu przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy;

3. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania 2 wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Sp. z o.o. w Warszawie, SOLID SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie; SOLID Sp. z o.o. w Warszawie, dalej jako: „Konsorcjum Z." wybranemu przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy;

4. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w

zakresie Zadania 3 wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider Sp. z o. o. w Legnicy, Dersław Sp. z o.o. w Zawadzie, STEKOP S.A. w Warszawie, STEKOP OCHRONA Sp. z o.o. w Kolonii Porosłach, dalej jako: „Konsorcjum DGP" wybranemu przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy;

5. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania 5 Konsorcjum DGP wybranemu przez zamawiającego niezgodnie z

przepisami ustawy;

6. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania 6 wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner Sp. z o. o. w Katowicach, DGP Provider Sp. z o. o. w Legnicy, 7 MG Sp. z o. o. w Legnicy, EKOTRADE Sp. z o.o. w Warszawie, EKOTRADE OCHRONA Sp. z o.o. w Warszawie, EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie, AGOPOL-EKOTRADE Sp. z o.o. ZPCHr w Słupsku, dalej jako: „Konsorcjum DGP Partner" Security wybranemu przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy;

7. art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego złożonej w przetargu w zakresie Zadań nr 1, 2, 3, 5 i 6, jako najkorzystniejszej;

8. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania nr 1 Konsorcjum Impel, pomimo obowiązku unieważnienia przetargu przez zamawiającego;

9. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania nr 2 Konsorcjum Zubrzycki, pomimo obowiązku unieważnienia przetargu przez zamawiającego;

10. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania nr 3 Konsorcjum DGP, pomimo obowiązku unieważnienia przetargu przez zamawiającego;

11. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania nr 5 Konsorcjum DGP, pomimo obowiązku unieważnienia przetargu przez zamawiającego;

12. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przez czynność udzielenia zamówienia w zakresie Zadania nr 6 Konsorcjum DGP Partner Security, pomimo obowiązku unieważnienia przetargu przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania nr 1;

b) przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 1 i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

c) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Z. jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania nr 2;

d) przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 2 i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

e) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum DGP jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania nr 3;

f) przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 3 i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

g) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum DGP jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania nr 5;

h) przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 5 i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

i) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum DGP Security Partner jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania nr 6;

j) przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 6 i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący w odwołaniu złożył również wniosek ewentualny o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania 1;

b) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Z., jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania 2;

c) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum DGP, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania 3;

d) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum DGP, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania 5;

e) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum DGP Security Partner, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu w zakresie Zadania 6;

f) unieważnienie przetargu w zakresie Zadań nr 1, 2, 3, 5 oraz 6;

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu wskazał, że ostatnim dniem, w którym zamawiający (w przypadku braku zawieszenia biegu terminu związania ofertą lub innego przypadku braku konieczności utrzymywania wadium) mógłby skutecznie domagać się wypłaty wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej albo ubezpieczeniowej, przez któregokolwiek z wykonawców biorących udział w postępowaniu, w przypadku spełnienia przesłanek zatrzymania wadium byłby tylko i wyłącznie dzień 15 maja 2020 roku. Wobec powyższego wadium zostało wniesione przez odwołującego prawidłowo i zamawiający nie powinien odrzucać oferty odwołującego z tego powodu, że wadium nie było ważne do 17 maja 2020 r.

Odwołujący wywodził dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, że obecna sytuacja wywołana epidemią COVID-19 w sposób znaczący wpływa na prowadzenie postępowania - gdyż może wręcz uniemożliwić zawarcie umowy przez zamawiającego z wybranym wykonawcą. Dodatkowo samo wykonanie zamówienia w sposób opisany w SIWZ, jak również przewidziane przez zamawiającego warunki oraz zasady opisane w umowie stanowiącej załącznik do SIWZ mogą okazać się niemożliwe do realizacji, gdyż w obecnej sytuacji konieczne jest zapewnienie dodatkowych zabezpieczeń dla pracowników wykonujących usługi, co wiąże się z dodatkowymi kosztami po stronie wykonawców, których nie mogli oni przewidzieć składając oferty w przetargu w dniu 18 lutego 2020 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Impel, Konsorcjum Z., Konsorcjum DGP oraz Konsorcjum DGP Security Partner zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego odpowiednio w częściach 1, 2, 3 i 5 oraz 6. Przystępujący zachowali przesłanki przystąpienia wskazane w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 7 maja 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający przedmiot zamówienia podzielił na 7 części (zadań):

Zadanie 1 - Dworce OGN Gdańsk;

Zadanie 2 - Dworce OGN Katowice;

Zadanie 3 - Dworce OGN Kraków;

Zadanie 4 - Dworce OGN Poznań;

Zadanie 5 - Dworce OGN Warszawa;

Zadanie 6 - Dworce OGN Wrocław

Zadanie 7 - Dworzec Kraków Główny

Zamawiający dopuścił możliwość złożenia przez wykonawców ofert na jedno, kilka lub wszystkie zadania, z zastrzeżeniem braku możliwości złożenia oferty częściowej w ramach jednej części (zadania).

W rozdziale XI SIWZ zamawiający ustalił wymagania dotyczące wadium. W rozdziale XI ust. 7 zalecił, aby w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, dokument gwarancji zawierał między innymi następujące elementy:

1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa), gwaranta (banku lub instytucji, ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib i adresu;

2) przytoczenie nazwy i przedmiotu niniejszego postępowania, znak postępowania nadany przez Zamawiającego;

3) kwotę gwarancji;

4) okres, na jaki gwarancja została wystawiona (odpowiadający co najmniej terminowi związania ofertą);

5) zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia kwoty gwarancji, na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, w przypadkach określonych w ust. 13.

Natomiast stosownie do rozdziału XI ust. 8 SIWZ dokumenty wadium muszą zachowywać ważność przez cały okres, w którym wykonawca jest związany ofertą. Okoliczności i zasady zwrotu wadium, jego przepadku określa ustawa Pzp.

W rozdziale XII ust. 1 SIWZ zamawiający ustalił, że wykonawcy będą związani ofertą przez okres 90 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się w dniu, w którym upływa termin składania ofert.

Zamawiający otworzył oferty 18 lutego 2020 r. o godz. 10:30.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji o numerze G/100190010717-20 wystawionej 17 lutego 2020 r. przez bank Intensa SanPaolo S.p. A. w Turynie. Strona druga gwarancji zawiera stwierdzenie:

„Niniejsza Gwarancja jest ważna od 17 lutego 2020 roku do dnia 15 maja 2020 roku do godziny 16:00 CET, a jeżeli ten dzień przypadałby w dniu, w którym Bank jest zamknięty dla celu prowadzenia działalności w Polsce, do pierwszego następującego po nim dnia, w którym Bank będzie otwarty w Polsce w określonym powyżej celu (okres do godziny 16:00 CET takiego ostatniego dnia zwany jest dalej „Terminem Ważności")".

10 marca 2020 r. zamawiający przekazał wykonawcom informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniach nr 1-5 i 7 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego w zadaniach 1, 2, 3, 5 i 6 z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Wybór najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 6 nastąpił 17 marca 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszych ofert następujących wykonawców:

1. Konsorcjum Impel (Zadanie nr 1);
2. Konsorcjum Z. (Zadanie nr 2);
3. Konsorcjum DGP(Zadanie nr 3);
4. Konsorcjum DGP (Zadanie nr 5);
5. Konsorcjum DGP Security Partner (Zadanie nr 6).

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne w postaci treści gwarancji odwołującego nie są sporne. Istota sporu wymaga natomiast oceny postanowień SIWZ oraz wykładni przepisów ustawy.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego i uznała, że z postanowień SIWZ wynika wymaganie zamawiającego, aby oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres, w którym wykonawca jest nią związany. Wymaganie to zamawiający jasno i wyraźnie wskazał w postanowieniach rozdziału XI ust. 7 i 8 SIWZ. Konstatacji tej nie przeczy użycie przez zamawiającego w pierwszym zdaniu rozdziału XI ust. 7 SIWZ zwrotu „zaleca się". Zamawiający wskazywał w tym postanowieniu w sposób taksatywny katalog elementów, które powinny znaleźć się w treści gwarancji, jednak w odniesieniu do okresu, na jaki gwarancja została wystawiona, podkreślił, że okres ten powinien odpowiadać co najmniej terminowi związania ofertą. Wymaganie ważności wadium w całym okresie związania ofertą wynika ponadto w sposób jednoznaczny z postanowienia rozdziału XI ust. 8 SIWZ.

Stwierdzić jednak należy, że nawet gdyby postanowienia SIWZ budziły wątpliwości co do zgodności długości terminu ważności wadium z terminem związania ofertą, to kwestia ta jest rozstrzygnięta w przepisach ustawy.

Art. 45 ust. 3 Pzp stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Przepis ten wskazuje na związek terminu ważności wadium z rozpoczęciem biegu terminu związania ofertą następującym zgodnie z art. 85 ust. 5 Pzp z dniem upływu terminu składania ofert.

Z kolei art. 85 ust. 2 głosi, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Zgodnie z art. 85 ust. 4 Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Powołany przepis dotyczy instytucji przedłużenia terminu związania ofertą, jednak w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, że oferta powinna być zabezpieczona wadium w całym okresie, w którym wykonawca jest nią związany. Instytucja wadium ma bowiem na celu co do zasady zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Potwierdzają to przepisy kodeksu cywilnego (art. 70^4 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Na gruncie zamówień publicznych wadium, przez możliwość jego zatrzymania w sytuacji zawinionego nieuzupełnienia na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 3a Pzp oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw lub odmowy poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zabezpiecza również prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty.

W konsekwencji stwierdzić należy, że wadium wniesione przez odwołującego nie obejmuje całego okresu związania ofertą. Gwarancja jest ważna od 17 lutego 2020 r. do 15 maja 2020 r. do godz. 16.00, podczas gdy 90 dniowy okres związania ofertą upływał 17 maja 2020 r. Termin ważności wadium nie ulegnie przedłużeniu do 18 maja 2020 r. (poniedziałek). Stosownie do treści gwarancji przedłużenie to mogłoby nastąpić, jedynie w sytuacji, gdyby bank nie pracował w 15 maja 2020 r.

Skoro wadium wniesione przez odwołującego nie zabezpieczało jego oferty przez cały 90-dniowy okres związania, zamawiający trafnie odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Przepis ten ma charakter imperatywny i nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeśli wadium nie zostało wniesione albo zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W ocenie Izby nieprawidłowe wniesienie wadium polegać może w szczególności na wniesieniu wadium w formie innej, niż przewidziana w art. 45 ust. 6 Pzp lub w sytuacji, gdy termin jego ważności upływa wcześniej niż termin związania ofertą.

Odwołujący argumentował, że przy czynności wykluczenia powinno się uwzględnić funkcjonalne znaczenie wadium w kontekście faktu, że dwa dni po upływie wadium wniesionego przez odwołującego to sobota i niedziela, w czasie których bank wystawca gwarancji jest nieczynny. Izba nie zgodziła się z tym poglądem, gdyż jego przyjęcie nie jest możliwe w świetle wymagań ustawy. Przepisy dotyczące wadium, za wyjątkiem możliwości rezygnacji z żądania wadium przez zamawiającego, mają charakter bezwzględnie

obowiązujący. Zamawiający nie może zatem odstępować od ich stosowania.

Należy też zwrócić uwagę, że ograniczenie ważności wadium przez odwołującego polega również na skróceniu okresu jego obowiązywania do godz. 16. Stosownie bowiem do art. 111 § 1 k.c. termin liczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Przyznanie racji odwołującemu oznaczałoby konieczność oceny wymagań dotyczących wadium z uwzględnieniem organizacji pracy banku wystawcy gwarancji. Prowadziłoby to do relatywizacji wymagań zamawiającego w stosunku do poszczególnych wykonawców i w konsekwencji do ich nierównego traktowania. Ci spośród nich, których banki pracowałyby dłużej 15 maja 20202 r. lub pracowałyby w sobotę, zabezpieczyliby swoje oferty wadiami w dłuższym okresie czasu, niż odwołujący. Odwołujący byłby również preferowany kosztem wykonawców, którzy wnieśli wadium w pieniądzu oraz tych, których gwarancje opiewały na 17 maja 2020 r. Tymczasem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności równego traktowania oraz przejrzystości, nakazują, aby wymagania stawiane przez zamawiającego były takie same dla wszystkich wykonawców.

Uwzględnieniu indywidulanych uwarunkowań wykonawców przy wnoszeniu wadium stoi na przeszkodzie również bezwzględnie obowiązujący charakter przepisów dotyczący wadium. Przepisy ustawy dotyczące wadium - za wyjątkiem wynikającej z art. 45 ust. 2 Pzp możliwości odstąpienia od żądania wniesienia wadium w postępowaniach o niższej wartości - mają charakter iuris cogentis i nie mogą być modyfikowane.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Zaprezentowana argumentacja dotyczy zarzutów odwołania w zakresie zadań 1, 2, 3 oraz 5 i 6, gdyż treść gwarancji wadialnej odwołującego była w każdej z nich taka sama co do okresu ważności wadium. Fakt podnoszony przez zamawiającego, że oferta złożona przez odwołującego, była najkorzystniejsza jedynie w zadaniu nr 1 i 6, powoduje, że w odniesieniu do zadań 2 ,3 oraz 5 podstawą do oddalenia odwołania jest również brak spełnienia wymagań zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeśli miał lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Skoro ewentualne potwierdzenie zarzutów odwołania nie przyniosłoby skutku w postaci wyboru oferty odwołującego w zadaniach 2, 3 oraz 5, odwołujący nie mógł i nie może ponieść szkody w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy w tych zadaniach.

Postępowanie nie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający zobowiązany jest dokonać czynności unieważnienia, jeśli prowadzenie postępowania lub udzielenie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp ciężar wykazania zaistnienia przesłanek powołanego przepisu spoczywa na odwołującym, jako stronie wywodzącej skutki prawne ze swoich twierdzeń. Odwołujący konieczność unieważnienia postępowania wywodził ze stanu epidemii. Uszło jednak jego uwadze, że art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp posługuje się pojęciem interesu publicznego, który jest kategorią szerszą niż interes samego zamawiającego oraz wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym samego odwołującego. Interes publiczny, w ocenie Izby, wymaga świadczenia usług ochrony, a w konsekwencji kontynuowania postępowania i zawarcia umów z wybranymi wykonawcami. Również stan epidemii istniejący w dacie wniesienia odwołania, jak i obowiązujące w dniu wydania wyroku ograniczenia, mające na celu zmniejszenie zagrożeń związanych z możliwością zachorowania na COVID-19, nie stoją na przeszkodzie kontynuacji postępowań i zawieraniu umów. Stan epidemii nie wstrzymał wszczętych postępowań. Natomiast obowiązująca od 8 marca 2020 r. ustawa z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 poz. 374 ze zm.) przewiduje rozwiązania umożliwiające dostosowanie umowy do istniejących warunków. Dotyczą one m.in. kar umownych, wypłaty wynagrodzenia oraz możliwości zmiany umowy.

Wobec powyższego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp należy uznać za całkowicie chybiony.

Jedynie dla porządku warto wskazać, że odwołujący błędnie formułuje zarzut odwołania, gdy zarzuca zamawiającemu udzielenie zamówienia w częściach 1, 2, 3, 5, 6. Udzielenie zamówienia na gruncie Pzp oznacza zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący natomiast wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1

sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: .....