Sygn. akt: KIO 642/20

WYROK

z dnia 22 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 17 czerwca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2020 roku przez wykonawcę ERBUD spółka akcyjna z siedziba w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Chełmie

przy udziale wykonawcy G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAX-BUD G. P. w Lublinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 642/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAX-BUD G. P. w Lublinie w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych w zakresie zadania pod nazwą „Budowa budynku dydaktycznego Instytutu Nauk Medycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie”

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy ofert wykonawcy G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAX-BUD G. P. w Lublinie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Chełmie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ERBUD spółka akcyjna z siedziba w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie na rzecz wykonawcy ERBUD spółka akcyjna z siedziba w Warszawie kwotę 23

598 zł 98 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osim groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Lublinie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 642/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chemie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

pod nazwą .: „Wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych w zakresie zadania pod nazwą „Budowa budynku dydaktycznego Instytutu Nauk Medycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

pod numerem 2019/S 249-617367.

W dniu 24 marca 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od: czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAX-BUD G. P. w Lublinie (dalej: Wykonawcy MAX - BUD) dokonanej pismem Zamawiającego z 19 marca 2020 r. (znak: K-ZP.251.68.2019) oraz zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy G. P. .

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MAX - BUD:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MAX - BUD mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, w konsekwencji czego oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona,

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MAX - BUD, mimo że wskazany Wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, w konsekwencji czego oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona,

- naruszenie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy przez wybór oferty Wykonawcy MAX - BUD, która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane,

- naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy przez wybór oferty Wykonawcy

MAX - BUD jako najkorzystniejszej, mimo że oferta wskazanego Wykonawcy

powinna zostać odrzucona;

2) w odniesieniu do zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy MAX - BUD

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MAX - BUD, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MAX - BUD, mimo że wskazany Wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy G. P., dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty Wykonawcy MAX - BUD, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz w celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza oferta została jednak wybrana oferta Wykonawcy MAX - BUD, oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto wskazany Wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy. W przypadku uwzględnienia odwołania jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta Odwołującego. Powyższe skutkuje powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Co do zasadności odrzucenia oferty Wykonawcy MAX-BUD ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

Odwołujący podał, że Zamawiający w pkt VII SIWZ zastrzegł obowiązek osobistego

wykonania przez wykonawcę całościowej konstrukcji budynku. Oznacza to, że Zamawiający dokonał zastrzeżenia wskazanego w art. 36a ust. 2 ustawy. Nie budzi bowiem w okolicznościach sprawy wątpliwości to, że wykonanie całościowej konstrukcji budynku jest kluczową częścią zamówienia. Wykonawca MAX - BUD w złożonej ofercie (pkt 12 złożonego formularza oferty) wskazał, że powierzy do wykonania podwykonawcy m.in. część robót żelbetowych.

Powyższe oznacza, że Wykonawca MAX - BUD w złożonej ofercie zakłada powierzenie do wykonania podwykonawcy część robót, które Wykonawca zgodnie z treścią SIWZ (pkt VII SIWZ) powinien wykonać samodzielnie. Roboty żelbetowe (przewidywane do częściowego powierzenia podwykonawcy przez Wykonawcę MAX - BUD) w ramach realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego będą bowiem wykonywane jedynie w ramach wykonywania całościowej konstrukcji budynku (wymaganej przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę). Do powyższych wniosków jednoznacznie prowadzi także to, że treść PFU i przedstawionych koncepcji wskazuje „żelbet" jedynie w działach i zapisach dotyczących elementów konstrukcyjnych budynku.

Całość zakresów prac przewidzianych do powierzenia podwykonawcom przez Wykonawcę MAX - BUD (instalacja gazów medycznych, instalacja wentylacji i klimatyzacji, część robót żelbetowych) to elementy/części budynku, a zatem nie ma żadnych wątpliwości, że przewidziane przez tego Wykonawcę do powierzenia podwykonawcom roboty żelbetowe stanowią element/część budynku i dotyczą konstrukcji tego budynku.

Odwołujący podał, że wbrew wyjaśnieniom Wykonawcy MAX-BUD, za część robót

żelbetowych nie można uznać faktycznych zakupów i dostaw materiałów. Czym innym są bowiem zakupy i dostawy materiałów, a czym innym jest faktyczne wykonywanie robót. Zupełnie inny jest też przedmiot wskazanych czynności.

W przypadku zastrzeżenia przez Zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, złożenie przez wykonawcę oferty zakładającej powierzenie wykonania ww. robót podwykonawcy skutkuje złożeniem oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ. Do takiej konkluzji prowadzi również analiza orzecznictwa (np.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 282/19). Oferta Wykonawcy MAX - BUD powinna zostać odrzucona jako oferta o treści niezgodnej z treścią SIWZ (tj. stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy). W konsekwencji oferta wskazanego Wykonawcy nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Co do zasadności odrzucenia oferty Wykonawcy MAX - BUD ze względu na brak wniesienia wadium w sposób prawidłowy.

Wykonawca MAX - BUD celem wniesienia wadium złożył gwarancję BALCIA INSURANCE, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w treści

SIWZ i nie jest zgodna z przepisami ustawy.

Gwarancja wadialna przedstawiona przez Wykonawcę MAX - BUD zawiera nieprawidłowe oznaczenie zadania inwestycyjnego (brak pełnego i prawidłowego oznaczenia nazwy zadania inwestycyjnego i innych oznaczeń wskazujących na konkretne zadanie inwestycyjne, np. numerów referencyjnych). W konsekwencji przedstawionej przez MAX - BUD gwarancji nie można jednoznacznie przypisać do prowadzonego w przedmiotowej sprawie postępowania przetargowego i jako taka nie daje ona niezbędnego zabezpieczenia dla Zamawiającego.

Gwarancja nie wskazuje w swojej treści przypadków wskazanych w Rozdziale XVI ppkt 4 SIWZ, których konkretnego wskazania wymagał Zamawiający. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 709/19, gdzie Izba wskazała, że „Gwarancja 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. Dopiero wówczas można mówić o wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę." Ogólnikowe odwołanie do przepisów ustawy nie wyczerpuje wskazanych powyżej wymagań co do jednoznaczności treści gwarancji. W konsekwencji tego przedłożona gwarancja nie zabezpiecza wszystkich przypadków, których zabezpieczenia wymaga Zamawiający i jako taka nie odpowiada wymogom SIWZ i ustawy.

Zgodnie z pkt 7 treści Gwarancji, zobowiązania zabezpieczone Gwarancją, po upływie terminu określonego w pkt 3 Gwarancji, wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia Beneficjenta (Zamawiający) stają się bezskuteczne z upływem wskazanego terminu. Powyższe oznacza w ocenie Odwołującego, że Zamawiający na podstawie wskazanej Gwarancji w istocie nie może po upływie terminu wynikającego z pkt 3 Gwarancji skutecznie dochodzić roszczeń, które w założeniu ma zabezpieczać ta Gwarancja. Wskazany zapis jest bowiem tak szeroki, że w istocie obejmuje wszystkie roszczenia potencjalnie wymagane do zabezpieczenia wskazana gwarancją i pozbawia Zamawiającego uprawnień do skutecznego dochodzenia tych roszczeń.

Zgodnie z pkt 9.2. dokumentu Gwarancji, wszelkie spory mogące wyniknąć z Gwarancji będą rozstrzygane przez sąd właściwy miejscowo dla siedziby BALCIA. Mając na uwadze treść pkt 1 Gwarancji, gdzie jako „BALCIA" wskazana jest globalnie Balcia Insurance SE z siedzibą w Rydze, powyższe oznacza, że w przypadku jakiegokolwiek sporu związanego z Gwarancją, Zamawiający musi ewentualne spory kierować do sądu w Rydze.

Całość powyższych okoliczności oznacza zdaniem Odwołującego, że oferta Wykonawcy MAX - BUD G. P. powinna zostać odrzucona jako oferta, co do której nie zostało wniesione prawidłowo wadium (tj. stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP).

Zamawiający naruszył w toku postępowania przetargowego liczne przepisy. Oferta Wykonawcy MAX - BUD nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta tego Wykonawcy kwalifikuje się bowiem do odrzucenia. Z powyższych względów, podniósł Odwołujący, że w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowanie odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 marca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn.

akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn.

akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 15 czerwca

2020 roku „Odpowiedź na odwołanie" - Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w piśmie z dnia 17 czerwca 2020 roku „Pismo przystępującego", w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 - wydruk wyciąg z publikacji Technologia i organizacja budowy", Tom 1 - „Podstawy technologii mechanizacji robót budowlanych autor: Aleksander Drzewski, wyd. arkady, 1989r. (2 katy),

- dowód nr 2 - „Model konstrukcji budynku" opracowanie własne, rysunki, Odwołującego przygotowane w oparciu o PFU i Koncepcję Architektoniczną udostępnione przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego (3 karty),

- dowód nr 3 - „Opinia konstrukcyjna na temat oferty firmy Maxbud G. P." autor: A. Ł. (5 kat),

- dowód nr 4 - „Opinia" autor: P. W. (11 kat).

Izba w tym miejscu wskazuje, że opinie jakie zostały zawnioskowane i złożone w postępowaniu przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego stanowią prywatne opinie złożone w postępowaniu, tym samym Izba uwzględniła je jako stanowisko strony wnioskującej.

V.

Izba ustaliła:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający w rozdziale VII wskazał:

„Rozdział VII Obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez Wykonawcę Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę całościowej konstrukcji budynku."

W Formularzu oferty (oferta) Zamawiający w punkcie 12 wymagał wskazania:

ZAMÓWIENIE ZREALIZUJEMY samodzielnie / przy udziale Podwykonawców*

* niepotrzebne skreślić

Podwykonawcy zostaną powierzone do wykonania następujące zakresy zamówienia:

(opis zamówienia zlecanego Podwykonawcy)

Wykonawca MAX - BUD w Formularzu Oferty (oferta) w pkt 12 oświadczył:

ZAMÓWIENIE ZREALIZUJEM~~Y samodzielnie~~ /przy udziale Podwykonawców*

* niepotrzebne skreślić

Podwykonawcy zostaną powierzone do wykonania następujące zakresy zamówienia: Instalacja gazów medycznych, instalacja wentylacji i klimatyzacji, część robót żelbetowych"

W dniu 27 lutego 2020 roku Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy MAX-BUD z pismem: Działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), Zamawiający - Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie zwraca się o wyjaśnienie treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wskazanej w ofercie części robót żelbetowych, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Proszę o szczegółowe wyjaśnienie co obejmuje (jakie czynności, elementy) część robót żelbetowych, przewidziana do wykonania przez podwykonawcę.

W odpowiedzi, pismem z dnia 2 marca 2020 roku Wykonawca MAX-BUD wyjaśnił:

W odpowiedzi na pismo nr K-ZP.251.68.2019 z dnia 27 lutego 2020 r. dotyczące wyjaśnienia treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wskazanej w ofercie części robót żelbetowych, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niniejszym informujemy, że zakres części robót żelbetowych które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy obejmuje, zlecenia wykonania zbrojenia czyli dostawę na budowę gotowych strzemion oraz prętów giętych. Pozostałe roboty wchodzące w zakres robót żelbetowych czyli montaż zbrojenia w szalunkach oraz betonowanie Wykonawca wykona własnymi siłami bez udziału podwykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy MAX - BUD.

W SIWZ Zamawiający zawarł - Rozdział XVI Wymagania dotyczące wadium,

w punkcie 3 wskazał:

Wniesione wadium musi obejmować okres związania ofertą i nie może zawierać żadnych ograniczeń sprzecznych z Ustawą, w szczególności ograniczających możliwość zrealizowania praw określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

w punkcie 4 wskazał:

Uwaga: dokument gwarancji, poręczeń winien zawierać wyszczególnione warunki zapłaty kwoty wadium Zamawiającemu (utraty wadium przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego), tj. gdy:

- Wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe,

z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

- Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Uczestnik postępowania odwoławczego zabezpieczył ofertę wadium w postaci gwarancji wadialnej NR PL17-GU-0000095-W/6, w której wskazano:

- Beneficjent: Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie Adres siedziby: 22-100 Chełm, ul. Pocztowa 54,

- Zostaliśmy poinformowani przez naszego Klienta: G. P. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "Max-Bud" G. P. adres głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej: Szerokie, pod adresem: 20-050 Szerokie 119, NIP: 7130010348, REGON: 430337270, zwanego dalej: „Zobowiązanym”, że w związku z ogłoszonym przez Państwa przetargiem nr z dnia r. na realizację zlecenia „Budowa budynku dydaktycznego Instytut Nauk Medycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie”, w którym wysokość wadium wynosi 200.000,00 zł (słownie: dwieście tysięcy złotych i zero groszy), Zobowiązany ma zamiar złożyć Państwu swoją ofertę, zwaną dalej: „Ofertą”,

- (1) Balcia Insurance SE z siedzibą w Rydze, ul. K. Valdemara 63, Ryga, LV-1142, Łotwa, wpisana do Rejestru Przedsiębiorstw Republiki Łotewskiej pod nr 40003159840, działająca w Polsce w ramach oddziału zagranicznego przedsiębiorcy pod firmą Balcia Insurance SE Spółka europejska Oddział w Polsce z siedzibą w

Warszawie, Aleje Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, wpisanego do rejestru

przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru

Sądowego, pod numerem KRS 0000493693, NIP: 108-00-16-534, REGON: 147065333, zwane dalej: „BALCIA”, w imieniu którego występuje: M. K. - Underwriter Gwarancji Ubezpieczeniowych - Pełnomocnik,

działając na zlecenie Zobowiązanego, gwarantuje niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo, dokonanie na Państwa rzecz płatności kwoty: 200.000,00 zł (słownie: dwieście tysięcy złotych i zero groszy) na pierwsze pisemne oryginalne żądanie zapłaty razem z przedstawieniem przez Państwa oświadczenia, że żądanie jest należne w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z późniejszymi zmianami,

- (7) Po upływie terminu określonego w pkt. 3, zobowiązania BALCIA wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu,

- (9.2) Wszelkie spory mogące wyniknąć z gwarancji będą rozstrzygane przez sąd właściwy miejscowo dla siedziby BALCIA.

<u>W zakresie zarzutów odwołania:</u>

W zakresie zarzutu naruszenia naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MAX - BUD mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MAX - BUD, jak również w zakresie zarzutu naruszenie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy przez wybór oferty Wykonawcy MAX - BUD, która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane - Izba zarzut uznała za zasadny

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez odwołującego Zamawiający nie dopatrzył się niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ w odniesieniu do wskazanych przez Wykonawcę MAX-BUD zakresów wykonania zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań

SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta.

Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań w SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej, kluczowym dla rozpoznania podniesionego zarzutu odwołania niezbędnym jest rozstrzygniecie sporu odnoszącego się do rozumienia pojęcia „całościowej konstrukcji budynku”, użytego przez Zamawiającego w SIWZ oraz pojęcia „część robót żelbetowych” użytego przez Odwołującego w ofercie.

Izba zaznacza, że w zakresie branży drogowej Zamawiający zastrzegł obowiązek wykonania osobistego przez wykonawcę „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę całościowej konstrukcji budynku".

Izba, w pierwszej kolejności stwierdziła, że pojęcie „całościowa konstrukcja budynku" oraz „konstrukcja budynku" nie ma definicji legalnej. Nie została ona również zdefiniowana w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, ani w PFU ani w Koncepcji architektonicznej. Istotnym również jest, że przedstawione stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego również potwierdzają tą okoliczność.

Użyte pojęcie przez Zamawiającego musi być zatem wykładane zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Tym samym całościową konstrukcję budowlaną należy rozumieć jako obiekt, który powstał w wyniku powiązania wielu elementów składowych, w efekcie prowadzący do stworzenia określonej - w tym wypadku w oparciu o PFU i Koncepcją Architektoniczną na etapie składania ofert - strukturalnej i niepodzielnej całości. Wymaga zaznaczenia w tym miejscu, że przedmiotem zamówienia jest Wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych w zakresie zadania pod nazwą „Budowa budynku dydaktycznego Instytutu Nauk Medycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie", tym samym całościowa konstrukcja budynku musi być na tym etapie dekodowana z dostępnych w postępowaniu dokumentów. W ocenie Izby Odwołujący w sposób prawidłowy wyłożył literalne znaczenie pojęcia użytego przez Zamawiającego przenosząc je na rysunek w przedstawionych Modelach konstrukcji budynku - dowód nr 2. Dodatkowo uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym piśmie procesowym również podał, że obowiązek określony przez Zamawiającego należy odczytywać „jako obowiązek wykonania prac przy realizacji konstrukcji".

Tym samym kluczowym staje się odniesienie do pojęcia „część robót żelbetowych" które zostało podane przez Odwołującego. W odniesieniu do podanego w ofercie pojęcia „część robót żelbetowych" również nie można stwierdzić istnienia jakiejkolwiek definicji czy też zakresu czynności, które w tym pojęciu się mieszczą. Użyte przez Odwołującego sformułowanie jest bardzo szerokie i niedookreślone. Wskazanie na wykonanie „części" jakiś robót bez ich określenia powoduje, że w zasadzie w zupełności niejasne jest jakie to roboty żelbetowe miałby zrealizować podwykonawca.

Izba wskazuje, że argumentacja podnoszona przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w zakresie ww. zarzutu była wielowątkowa.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego sprowadzającej się do stwierdzenia, że całościową konstrukcję budowlaną nie może być odczytywana jako „obowiązek osobistego wykonania wszystkich elementów lub półproduktów zbrojenia. Poza zakresem tego zastrzeżenia pozostawała więc część robót żelbetowych polegających na wykonaniu elementów zbrojenia tj. strzemion oraz prętów giętych Mając na uwadze brak istnienia definicji pojęcia użytego przez Odwołującego tj. „część robót żelbetowych" Izba uznała w oparciu o dowód nr 1 - wydruk wyciąg z publikacji Technologia i organizacja budowy", Tom 1 - „Podstawy technologii mechanizacji robót budowlanych autor: Aleksander Drzewski - że, w zakres robót betonowych, zgodnie z Klasyfikacją procesów w podstawowej produkcji budowlanej (Tablica 2-3) wchodzi produkcja zbrojenia. Jednocześnie zgodnie ze Strukturą procesów wykonania konstrukcji betonowych i żelbetowych (Rys. 2-5) Roboty betonowe i żelbetowe obejmują Zbrojenie konstrukcji w ramach którego wykonywane jest Ciecie stali prętowej oraz Gięcie stali prętowej. Powyższe w ocenie Izby, mając na uwadze, że uczestnik postępowania odwoławczego ani Zamawiający w zakresie tego dowodu nie składali żadnych wniosków, jednoznacznie potwierdza prezentowane przez Odwołującego stanowisko, że roboty żelbetowe wchodzą w roboty stanowiące realizację całości konstrukcji budynku, natomiast w zakres robót żelbetowych wchodzi również wykonanie elementów zbrojenia. Izba wskazuje również, że uczestnik postępowania odwoławczego w zupełności pominął stanowisko Odwołującego, jakie prezentował on złożywszy do akt sprawy opinię Pana A. Ł. (dowód nr 3), gdzie wskazano we Wnioskach, że z definicji żelbetu wynika, że konstrukcja żelbetowa składa się z betonu zbrojonego stalą zbrojeniową. W opinii Pana P. W. (dowód nr 4) wyjaśniono, że wykonanie zbrojenia czyli tzw. prefabrykacja może być wykonane na miejscu na budowie lub poza miejscem budowy ale stanowi z samej definicji proces budowlany. Oznacza to, że w przedmiotowym postępowania o udzielnie zamówienia Zamawiający zobowiązując wykonawcę do osobistego wykonania całościowej konstrukcji budynku

zobowiązał go również do wykonania wszystkiego, w tym wykonania wszystkich elementów lub półproduktów zbrojenia. Wykonawca MAX-BUD wskazała bowiem na roboty żelbetowe, żelbet czyli beton i stal, a nie tylko stal zbrojeniową. Izba uznała również, że zgodnie z powyższymi dowodami oraz argumentacją Odwołującego, że przygotowanie stali zbrojeniowej w ramach robót żelbetowych nie stanowi i nie może stanowić odrębnych samodzielnych robót, ponieważ jest nierozłącznym elementem robót żelbetowych. Potwierdził to również uczestnik postępowania odwoławczego w piśmie procesowym podając, że wykonanie strzemion oraz prętów giętych stanowi część robót żelbetowych.

Po drugie, Izba odniesie się do wskazanej argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego referującej do str. 39 PFU „Ogólna charakterystyka budynku" tiret 3 („konstrukcja żelbetowa monolityczna oparta na siatce modularnej (różny rozstaw osi konstrukcyjnych w poszczególnych segmentach), w układzie płytowo-słupowym usztywnionym tarczami klatek schodowych, ścian konstrukcyjnych i wind oraz szybów wentylacyjnych;") i opartej na tej podstawie argumentacji, że konstrukcja żelbetowa dotyczy jedynie elementów ustroju nośnego budynku, a nie każdego innego elementu oraz, że w PFU istnieją elementy, dla których wymagane jest zachowanie konstrukcji żelbetowej, które nie są elementem ustroju nośnego, a nawet takie, co do których nie ma wątpliwości, że są to elementy architektury.

Izba wskazuje, że stoi to w sprzeczności ze stanowiskiem prezentowanym w piśmie procesowym, gdzie uczestnik wskazał, że poza zakresem tego zastrzeżenia pozostawała więc część robót żelbetowych polegająca na wykonaniu elementów zbrojenia tj. strzemion oraz prętów giętych; które następnie - jako już elementy gotowe są dostarczane na plac budowy, a wykonawca wykonuje z nich samodzielnie właściwą konstrukcję budynku. Z czego jednoznacznie wynika, że część robót żelbetowych do jakich odniósł się w Formularzu oferty dotyczy robót w konstrukcji budynku, a nie poza nią, co oznacza, że w twierdzeniu prezentowanym przez uczestnika odnosi się do ustroju nośnego budynku. W ocenie Izby jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego poczyniona została taka argumentacja, bowiem pojęcie „ustroju nośnego budynku" również nie zostało wskazane przez uczestnika postępowania z definicji. Argumentacja ta wprowadziła jedynie chaos pojęciowy, przy czym uwzględniając poniższą argumentacje Izby, potwierdza jedynie rozbieżność w argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie dowodzenia. W trakcie rozprawy sam uczestnik postępowania podał, że części robót żelbetowych może odnosić się do elementów konstrukcji, ale nie musi. Potwierdził również, że gotowe strzemiona oraz pręty gięte wykorzystywane są w tej inwestycji w konstrukcji żelbetowej elementów ustroju nośnego. Oznacza to, że potwierdził uczestnik w zasadzie, że części robót żelbetowych, które wskazał w Formularzu oferty jako powierzone podwykonawcom dotyczą całościowej konstrukcji budynku, którą Zamawiający zastrzegł do samodzielnej realizacji przez wykonawcę. Izba wskazuje, że z przedstawionych Modeli konstrukcji budynku - dowód nr 1, również niezbicie wynika, że w ramach całości konstrukcji budynku realizowane będą musiały być roboty żelbetowe, bowiem konstrukcja budynku zawiera elementy żelbetowe takie jak fundamenty żelbetowe (pkt 2.5.1 PFU), stropy żelbetowe (pkt 2.5.2 PFU), stropodach żelbetowy (2.5.3), słupy żelbetowe (pkt 2.5.4 PFU), ściany żelbetowe (pkt 2.5.4 PFU), schody żelbetowe (pkt 2.5.8 PFU). Uczestnik postępowania jako przykład elementów określonych w PFU, które nie są konstrukcją budynku, a stanowią część robót żelbetowych wskazał daszek (pkt 2.5.17 PFU), a oparł to na tym, że umiejscowienie opisu tego daszka w pkt. 2.5.17 pomiędzy np. ślusarką i stolarką wnętrza w pkt 2.5.14 powoduje, że daszek ten nie jest elementem konstrukcji. W ocenie Izby taka argumentacja nie jest w żadnej mierze przekonywująca. Izba mając na uwadze, że jest to zamówienie w systemie zaprojektuj i wybuduj, co było wskazane już wyżej, uznała w tym zakresie argumentację Odwołującego, który wyjaśnił, że daszek (pkt 2.5.17 PFU) jest elementem konstrukcyjnym, ponieważ przenosi obciążenia np. śniegu i na pewno musi zostać opracowany przez projektanta konstrukcji w przyszłym projekcie wykonawczym. W ramach realizacji takiego daszka stasowane są pręty proste lub gięte, ale nie strzemiona. Odwołujący tym samym nie wykazał takich elementów określonych w PFU, które nie są konstrukcją budynku stanowiące część robót żelbetowych. Izba wskazuje w tym miejscu, mając na uwadze, że opinie (dowód nr 3 i 4) złożone w postepowaniu traktuje jako stanowiska Odwołującego, że w opinii Pana A. Ł. (dowód nr 3) podano, że w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji nie ma przewidzianego wykonania innych elementów żelbetowych niż te należące do konstrukcji budynku.

Więcej, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w treści Formularza Ofertowego wskazując w pkt 12 „część robót żelbetowych" odnosi się właśnie do części robót żelbetowych niebędących elementami całościowej konstrukcji budynku, a wręcz przeciwnie wyjaśnienia z rozprawy, które zostały przytoczone powyżej zupełnie temu przeczą.

Po trzecie Izba wskazuje, że badaniu i kontroli Zamawiającego podlega oświadczenie

złożone przez wykonawcę w pkt 12 Formularza oferty, czyli w ofercie. Poczynione wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 27 lutego 2020 roku w trybie art. 87 ust. 1 ustawy było uprawnieniem Zamawiającego. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 ustawy powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.

Izba zaznacza w tym miejscu co należy podkreślić, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1 ustawy) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste ,,narzędzie'' Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, wskazując między innymi, że prosi o szczegółowe wyjaśnienie co obejmuje (jakie czynności, elementy) część robót żelbetowych, przewidziana do wykonania przez podwykonawcę. W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że zakres części robót żelbetowych które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy obejmuje, zlecenia wykonania zbrojenia czyli dostawę na budowę gotowych strzemion oraz prętów giętych. Pozostałe roboty wchodzące w zakres robót żelbetowych czyli montaż zbrojenia w szalunkach oraz betonowanie Wykonawca wykona własnymi siłami bez udziału podwykonawcy.

W ocenie Izby, mając na uwadze wcześniej poczynioną argumentację w zakresie rozpoznania przedmiotowych zarzutów odwołania wyjaśnienia wykonawcy są niezgodne z definicją żelbetu wskazaną w opinii (dowód nr 3), z której wynika, że konstrukcja żelbetowa składa się z betonu zbrojonego stalą zbrojeniową. Izba podkreśla w tym miejscu, że nie było to kwestionowane przez uczestnika postępowania odwoławczego. Należy mieć również na uwadze, że wykazane zostało, że roboty żelbetowe w ramach przedmiotu zamówienia wykonywane są jedynie w zakresie całościowej konstrukcji budowlanej. Sprecyzowanie, którego dokonał uczestnik postepowania odwoławczego w złożonych wyjaśnieniach w ocenie Izby potwierdza, że w zakresie całościowej konstrukcji budowlanej uczestnik postepowania przewidział udział podwykonawcy, mimo, że Zamawiający zastrzega obowiązek wykonania tych robót przez wykonawcę. Potwierdził uczestnik postepowania odwoławczego, że gotowe strzemiona oraz pręty gięte wykorzystywane są w tej inwestycji w konstrukcji żelbetowej elementów ustroju nośnego. Czyli w zakresie całościowej konstrukcji budowlanej.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania i oceny oferty uczestnika postępowania odwoławczego, bowiem wyjaśnienia jakie poczynił wykonawca dawały podstawę do uznania, że złożona oferta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 36 a ust. 2 pkt 1 ustawy. W zasadzie, mając na uwadze, że w ramach inwestycji nie wykazano istnienia robót żelbetowych nieobjętych całościową konstrukcją budynku to wzywanie do złożenia wyjaśnień również należy uznać za wątpliwe. Wskazać można w tym miejscu pogląd wyrażony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.: "W zakresie dotyczącym art. 2 dyrektywy 2004/18 [zasada uczciwej konkurencji] należy przypomnieć, że jednym z głównych celów zasad prawa Unii z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo Unii stosuje w szczególności zasadę równego traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (...) Co się tyczy obowiązku przejrzystości, ma on zasadniczo na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej (...). W zakresie udzielania zamówień art. 2 dyrektywy 2004/18 wymaga, by instytucje zamawiające dochowały tych samych zasad i obowiązków. (...) Ponadto, z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązku dochowania staranności przy formułowaniu

oferty, któremu podlegają tak samo, jak inni kandydaci." W powyższym poglądzie na uwagę zasługuje zasada wskazana przez Trybunał -że to na wykonawcach spoczywa obowiązek dochowania staranności przy formułowaniu (składaniu) oferty, w każdym jej zakresie. Wykonanie całościowej konstrukcji budynku bez części robót żelbetowych należało uznać za niemożliwe, a to oznacza, że nie zostało spełnione wymaganie Zamawiającego odnoszące się do zastrzeżonego w SIWZ (rozdział VII) obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę całościowej konstrukcji budynku.

Dodatkowo w piśmie procesowym uczestnika wskazał, że treść formularza ofertowego nie precyzuje przy tym, o jaką konkretnie część chodzi. Wynika z tego, że dopiero na etapie wyjaśnień treści oferty wykonawca oświadczył o jaką część robót żelbetowych chodziło mu w złożonym oświadczeniu. Niezmiennie mając na uwadze, że żadne roboty żelbetowe nie mogły zostać powierzone podwykonawcy jako stanowiące roboty w całościowej konstrukcji budynku oraz że konstrukcja żelbetowa składa się z betonu zbrojonego stalą zbrojeniową, to ich sprecyzowanie na etapie po złożeniu ofert należy uznać za niedopuszczalną zmianę oferty. Izba nie zgadza się z twierdzeniem uczestnika postepowania odwoławczego, że złożone wyjaśnienia nie zmienią treści oferty tylko objaśniają jedno ze sformułowań, bowiem mając na uwadze, że uczestnik dokonał podziału w zakresie robót żelbetowych (które z istoty konstrukcji żelbetowej nie mogą być dzielone) to na etapie składania ofert nie było wiadomym co wykonawca wykona osobiście, a co też zamierza powierzyć podwykonawcy. W ocenie Izby sam uczestnik postępowania odwoławczego wskazując w piśmie procesowym, że sformułowanie zawarte w pkt 12 oferty Przystępującego nie wskazuje na możliwość wykonania przez podwykonawcę konstrukcji budynku w zakresie innym, niż wykonanie strzemion oraz prętów giętych przyznał także, że konstrukcja budynku swoim zakresie obejmuje również wykonanie strzemion oraz prętów giętych. Również potwierdził wskakując w piśmie roboty polegające na wykonaniu elementów zbrojenia na potrzeby wykonania prac konstrukcyjnych, że nie można wykonać całościowej konstrukcji budynku bez elementów zbrojenia, które Izba zaznacza wchodzą w skład konstrukcji żelbetowej.

Izba w tym miejscu wskazuje, że w wyniku dokonanej oceny przez Zamawiającego oferty uczestnika postępowania odwoławczego doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego zasad Prawa zamówień publicznych. Izba wskazuje, że każdy przepis ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - poprzez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli uczciwej konkurencji (równe traktowanie wykonawców, przejrzystość, jawność itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji). Jednymi z najbardziej kluczowych elementów oceny zgodności postępowania Zamawiającego z określonymi zasadami, poza ustawą, są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co było wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie, m.in. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej gdzie w postanowieniu z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex wskazał, że „W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczonej zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36)". W przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego jednoznacznie Zamawiający wymagał wykonania osobiście całościowej konstrukcji budynku przez wykonawcę nie pozostawiając żadnych odstępstw w tym zakresie co jednoznacznie i precyzyjnie wskazał w SIWZ. Sam uczestnik przyznał w piśmie, że wykonanie strzemion oraz prętów giętych stanowi wykonanie konstrukcji budynku (sformułowanie zawarte w pkt 12 oferty Przystępującego nie wskazuje na możliwość wykonania przez podwykonawcę konstrukcji budynku w zakresie innym, niż wykonanie strzemion oraz prętów giętych), co jest zgodne ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego oraz złożonymi dowodami. Tym samym Zamawiający naruszył zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba wskazuje, odnosząc się do podniesionych zarzutów odwołania, że na kanwie zamówień publicznych granicą stosowania i naruszenia zasad w stosunku jednego wykonawcy jest naruszenie tej zasady w stosunku do innego wykonawcy biorącego udział w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców

będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku do wykonawcy będą powodowały inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań Zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady / zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych - w tym wypadku równego traktowania wykonawców - nie są dane tylko jednemu wykonawcy, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności oceniane w kontekście zasad muszą być dokonywane z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MAX - BUD, mimo że wskazany Wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, w konsekwencji czego oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona oraz zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy MAX-BUD - Izba uznała zarzut za zasadny.

W odniesieniu do zarzutu odwołania i argumentacji zawartej w uzasadnieniu dowołania Izba wskazuje, że za zasadne uznała stanowisko Odwołującego dotyczące zawarcia w gwarancji nieprawidłowego oznaczenia zadania inwestycyjnego. Izba wskazuje, że przedmiotowe zamówienie dotyczy postepowania o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiocie „Wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych w zakresie zadania pod nazwą „Budowa budynku dydaktycznego Instytutu Nauk Medycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie”

W rozdziale V SIWZ - Przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej i kosztorysowej oraz realizacja na jej podstawie robót budowlanych związanych z budową Budynku.

W Gwarancji wadialnej nr NR PL17-GU-0000095-W/6 gwarant wskazał: (.) że w związku z ogłoszonym przez Państwa przetargiem nr z dnia r. na realizację zlecenia „Budowa budynku dydaktycznego Instytut Nauk Medycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie” (...).

Złożenie oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, które miało zostać zabezpieczone gwarancją wadialną nie zostało prawidłowo zabezpieczone, bowiem nie zostało podane w treści gwarancji postępowanie w którym ta gwarancja ma zabezpieczać ofertę wykonawcy. Postępowanie o udzielnie zamówienia nie zostało podane w ww. gwarancji ani przez podanie numeru postępowania ani daty ogłoszenia, natomiast nazwa jaka została wskazana, która w zasadzie pozostaje jedynym elementem identyfikującym postępowanie w jakim ta gwarancja ma zabezpieczać ofertę uczestnika postępowania odwoławczego, ograniczona została do podania nawet nie nazwy zadania, a jedynie wskazani że chodzi realizację zlecenia „Budowa budynku dydaktycznego Instytut Nauk Medycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie” (.)”.

Podkreślenia wymaga, że forma czynności prawnej ustanowienia wadium niepieniężnego określona jest zasadniczo innymi przepisami właściwymi dla danego rodzaju zabezpieczenia wadialnego i dla swojej skuteczności ustanowione wadium musi być wystawione zgodnie z tymi przepisami. Skuteczność i prawidłowość wniesionego wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oceniana jest również w kontekście uszczegółowionych wymagań wskazanych w ustawie. Dlatego też za prawidłowo wniesione wadium w formie niepieniężnej należy uznać takie wadium, które zostało wniesione do zamawiającego przed terminem składania ofert, zostało wniesione w wysokości określonej przez zamawiającego, w jednej z form przewidzianych w ustawie Pzp, pozwala na zaspokojenie zamawiającego w przypadku zaistnienia ustawowo określonych przesłanek oraz jest zgodne z przepisami regulującymi daną formę zabezpieczenia wadialnego. Treść gwarancji musi również w swoich postanowieniach odnosić się precyzyjnie, dokładnie do nazwy postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Jest to bowiem jedyny element identyfikujący na rzecz jakiego postępowania dokonywane jest zabezpieczenie.

Wymaga wskazania, co jest istotne z poziomu oceny gwarancji złożonej w postępowaniu przez uczestnika postępowania odwoławczego, że gwarancja ubezpieczeniowa nie jest regulowana co do zakresu informacji, a stanowi specyficzną, ukształtowaną głównie przez praktykę czynność ubezpieczeniową znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody kształtowania zobowiązań (art. 353^1 k.c.). W piśmiennictwie podkreśla się, że treść gwarancji ubezpieczeniowej sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez

gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji (gwarantariusza - Zamawiającego) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego (Paweł Banasik „Definicja i formy wadium w zamówieniach publicznych). Wskazać należy na podnoszone w piśmiennictwie, z uwagi na specyfikę zobowiązania jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa, że treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni liberalnej, elastyczne. Oznacza to, że treść gwarancji ubezpieczeniowej winna być odczytywana w sposób literalny i brak jest w takim przypadku jakiegokolwiek miejsca na dokonywanie wykładni.

W ocenie Izby brak podania nazwy postępowania o udzielnie zamówienia publicznego faktycznie odzwierciedlającej nazwę tego postępowania, która to nazwa w zasadzie jest jedynym identyfikatorem postępowania, przy jednoczesnym pominięciu numeru postępowania oraz daty jego ogłoszenia nie uprawnia do uznania, że gwarancja ta zabezpiecza ofertę wniesioną w postępowaniu „Wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych w zakresie zadania pod nazwą „Budowa budynku dydaktycznego Instytutu Nauk Medycznych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie”.

Izba dostrzegła również, że pominiecie numery postępowania i daty jego ogłoszenia, stanowi pominięcie danych, jakie wydaje się standardowo ubezpieczyciel zawiera w gwarancjach wystawianych przez siebie, bowiem treść ta została w gwarancji podana i nie usunięta, pomimo tego, że danych o numerze przetargu i daty nie podano.

Wymaga również wskazania, że to wykonawca jest zleceniodawcą (umowa o udzielnie gwarancji) stanowiącej pisemne zobowiązanie ubezpieczyciela (gwaranta) do wypłaty na rzecz beneficjenta (Zamawiającego) określonej sumy pieniężnej na jego żądanie w określonych przypadkach na podstawie umowy jaka zostaje zawarta między gwarantem a beneficjentem. Tym samym, to wykonawca powinien jednoznacznie określić informacje jakie powinny zostać wskazane w gwarancji wadialnej dla jej skuteczności. Brak podania nazwy postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w ocenie Izby nie pozwala uznać, że gwarancja ta zabezpiecza interes Zamawiającego w postępowaniu. Izba stwierdziła, że bez znaczenia dla tego faktu jest podanie w treści gwarancji oznaczenia wykonawcy i beneficjenta gwarancji - to elementy, które niespornie w treści gwarancji powinny być zawarte dla wykazania skuteczności tego zabezpieczenia. Argument odnoszący się do nieprowadzenia przez zamawiającego innego postępowania o udzielnie zamówienia w którego nazwie zwarte byłoby oznaczenie zadania również nie znajduje uzasadnienia. W gwarancji brak jest odniesienia do zadania, tylko do „zlecenia” co na gruncie przepisów prawa cywilnego mogłoby mieć znaczenie w czasie dokonywania wykładni, przy czym jak wskazano wyżej, w ramach gwarancji ubezpieczeniowej niezbędne jest literalne odczytywanie.

Niespornym jest zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie, że Zamawiający może określić w SIWZ swoje wymagania w odniesieniu do treści gwarancji ubezpieczeniowej (jak również gwarancji bankowej), co jest zasadne z uwagi na wcześniej wskazany brak regulacji w zakresie ustawowych wymagań co do treści gwarancji. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie pokreślił w pkt 4 rozdziału XVI, że dokument gwarancji, poręczeń winien zawierać wyszczególnione warunki zapłaty kwoty wadium Zamawiającemu (utraty wadium przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego), tj. gdy: (...). Nadto w pkt 3 Zamawiający podał, że Wniesione wadium (...) nie może zawierać żadnych ograniczeń sprzecznych z Ustawą, w szczególności ograniczających możliwość zrealizowania praw określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację, jak również, że w gwarancji zostało podane, że żądanie jest należne w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z późniejszymi zmianami, Izba uznała, że tak podana informacja o zasadności żądania jest niewystarczająca. Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał w SIWZ jakie elementy maja być zawarte w gwarancji, czego nie znajdujemy w dokumencie gwarancji złożonym w postępowaniu przez uczestnika postępowania odwoławczego. W gwarancji wadialnej brak jest wskazania chociażby podstawy prawnej art. 46 ust. 4a i 5 ustawy odnoszącego się do przesłanek zatrzymania wadium przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że utrata wadium przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego jest bardzo dotkliwa, a każda dotkliwość musi być precyzyjnie wskazana by mogła być skutecznie dochodzona. W gwarancji ponownie podana została niejasna i niepełna treść odnosząca się

do fragmentu: w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z późniejszymi zmianami. Brak podania dziennika ustaw nie pozwala na dokonanie oceny do aktu prawnego z jakiego okresu odnosi się wystawca gwarancji wadialnej, przy czym należy pamiętać, ze na przestrzeni lat ustawa Prawo zamówień publicznych była wielokrotnie nowelizowana. Najistotniejsze jest natomiast to, że nowelizowane były również przepisy odnoszące się do przesłanek zatrzymania wadium.

Nie zmienia i nie wpływa na ocenę ww. zarzutów treść Oświadczenia Gwaranta z dnia 12 maja 2020 roku złożona przez uczestnika postępowania odwoławczego, w zasadzie potwierdza ona tylko, że w gwarancji brak jest tych regulacji natomiast nie istniała przeszkoda, aby mogły one tam zostać zawarte. Dokument ten jednocześnie nie stanowi „nowej gwarancji" tym samym treść gwarancji nie została zmieniona. Został wystawiony w dniu 12 maja 2020 tym samym należy uznać, że jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego został sporządzony.

W odniesieniu do argumentacji dotyczącej postanowień pkt 7 gwarancji wadialnej tj. postanowienia, że po upływie terminu określonego w pkt. 3, zobowiązania BALCIA wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu, mając na uwadze, że jest to gwarancja ubezpieczeniowa, którą należy wykładać literalnie, a zapewne nie dokonywać jej wykładni rozszerzającej Izba uznała, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie było zasadne. Treść postanowienia gwarancji odnosi się do wygaśnięcia automatycznego i całkowitego zobowiązań gwaranta z chwilą upływu określonego w gwarancji terminu jednocześnie podając, że roszczenia Beneficjenta z upływem terminu stają się bezskuteczne - przy czym nie wynika z postanowień tego dokumentu, czy chodzi o roszczenia niezgłoszone przed upływem terminu czy też wszystkie roszczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że rozpoznane powyżej okoliczności faktyczne potwierdzają zasadność podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 89 ust.

2 pkt 7b ustawy oraz wskazanych zasad Prawa zamówień publicznych. Nie zmienia i nie wpływa na ocenę zarzutu treść Oświadczenia Gwaranta z dnia 12 maja 2020 roku złożona przez uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uznała za niezasadną argumentację odnoszącą się do postanowienia gwarancji wadialnej dotyczącej tego, że (9.2) Wszelkie spory mogące wyniknąć z gwarancji będą rozstrzygane przez sąd właściwy miejscowo dla siedziby BALCIA. Izba wskazuje, że takie zastrzeżenie, mając na uwadze siedzibę podmiotu ubezpieczyciela poza granicami kraju, nie jest niezgodne z obowiązującymi przepisami ustawy oraz postanowieniami SIWZ.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....