

WYROK

z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 9 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 4 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: ERBUD Operations sp. z o.o. z siedzibą w Jesionce

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zmiana przeznaczenia

pomieszczeń w budynku A2 dla potrzeb jednostek organizacyjnych Uniwersytetu

Medycznego w Łodzi - w tym adaptacja pomieszczeń dla potrzeb centrum Big Data w ramach projektu „BRain - Badanie Rozwój Innowacje w łódzkim kampusie biomedycyny i farmacji” (nr postępowania ZP/114/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Medyczny w Łodzi

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D. Ś., Częstochowa, Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie - zgłaszających przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej wspólnie przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D. Ś. z Częstochowy i Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie z uwagi na wniesienie w sposób nieprawidłowy wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, zgodnie z treścią której po upływie określonego w niej terminu ważności (odpowiadającego terminowi związania ofertą) zobowiązania gwaranta wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia beneficjenta stają się bezskuteczne.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) odpowiadającej połowie uiszczonego wpisu od odwołania,

3) znosi wzajemnie koszty poniesione przez Zamawiającego i Odwołującego z tytułu

wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Łodzi.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Uniwersytet Medyczny w Łodzi prowadzi na podstawie ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. Zmiana przeznaczenia pomieszczeń w budynku A2 dla potrzeb jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - w tym adaptacja pomieszczeń dla potrzeb centrum Big Data w ramach projektu „BRain - Badanie Rozwój Innowacje w łódzkim kampusie biomedycyny i farmacji” (nr postępowania ZP/114/2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 listopada 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_226 pod poz. 553047.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 kwietnia 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D. Ś., Częstochowa, Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o. z siedzibą w Jaskowie {dalej również: „Konsorcjum” lub „Przystępujący”}.

4 maja 2020 r. ERBUD Operations sp. z o.o. z siedzibą w Jesionce {dalej: „Erbud” lub „Odwołujący”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności oraz od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 7b - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że nie wniósł wadium w sposób prawidłowy.
4. Art. 7 ust. 1 i 3 - przez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.
2. Powtórznego badania i oceny złożonych ofert.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum, ewentualnie zweryfikowania, czy oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia (w szczególności wystosowania odpowiedniego wezwania z art. 90 ust. 1 pzp) i odrzucenia oferty Konsorcjum po dokonaniu tej weryfikacji.

4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności związane z przebiegiem badania ceny oferty Konsorcjum:

- w pkt 21.1. SIWZ Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia;
- zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert przepisami prawa minimalne wynagrodzenie osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy wynosiło 2600 zł brutto, co przy jednoczesnym założeniu średniego miesięcznego czasu pracy 168 godzin oznacza, że wyjściowa stawka za roboczogodzinę pracy wynosi 5,47 zł, przy czym musi ona zostać uzupełniona o narzuty podstawowe i uzupełniające, zgodnie z przepisami prawa, w tym o składki na ubezpieczenie społeczne;
- kosztorys ofertowy zawiera pozycje robót o różnym stopniu skomplikowania, dla których wykonania potrzeba pracowników o różnym stopniu wykwalifikowania;
- udział kosztów robocizny w całym procesie wykonywania robót budowlanych, w zależności od rodzaju robót, kształtuje się zwykle na poziomie co najmniej 50% wartości kosztorysu i zależy od m.in.: przyjętej stawki za roboczogodzinę, nakładów czasu pracy, kosztów pośrednich i zysku (te dwa ostatnie elementy charakteryzują się małą zmiennością i ich wartości oscylują wokół średnich krajowych);
- pismem z 16.03.2020 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 do wyjaśnienia ceny oferty, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- pismem z 19.03.2020 r. Konsorcjum udzieliło wyjaśnień, które w szczególności polegają na stwierdzeniu, że średnia podstawowa stawka przyjęta dla wyceny robót budowlanych w ramach przedmiotowego zamówienia to 20 zł netto;
- w kosztorysie ofertowym Konsorcjum (sporządzonym wg wzoru z załącznika nr 2.1. do SIWZ) w poz. 11. stawkę robocizny wynosi 5 zł/r-g, ponadto, jak wynika z wypełnionego załącznika 2.10. do SIWZ, występują też stawki roboczogodziny 4 zł, 8 zł i 10 zł (m.in. na str. 8. kosztorysu 10 zł, na str. 11. w zestawieniu robocizny 4 zł, 8 zł i 10 zł).
- brak szczegółowych wyjaśnień tak zaniżonego kosztu roboczogodziny przy konkretnych pozycjach kosztorysowych (rodzajach robót),
- Konsorcjum nie kwestionowało na etapie zadawania pytań w postępowaniu prawidłowości nakładów czasu pracy określonych w katalogach nakładów rzeczowych (KNR);
- natomiast w wyjaśnieniach Konsorcjum ograniczyło się do ogólnego stwierdzenia, że nakłady tam przyjęte w starciu z rzeczywistym nakładem pracy koniecznym do realizacji

powoduje konieczność wprowadzenia zróżnicowanych stawek aby cena za wykonanie określonych zakresów robót była wartością realną (...), bez wskazania, które konkretnie nakłady czasu pracy i według jakich norm KNR w kontekście przedmiotowego zamówienia, są przeszacowane (zawyżone) i dlaczego.

Po pierwsze, Odwołujący zarzucił, że wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum są ogólne i niekompletne, gdyż nie odnoszą się do żądania wyjaśnienia kosztów realizacji konkretnych pozycji kosztorysowych w kontekście minimalnego wynagrodzenia za pracę, a skupiają się na ogólnych rozważaniach odnośnie stawki uśrednionej dla całej oferty. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z wyrokiem Izby z 7 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 545/17

Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia lub zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, Zamawiający bezpodstawnie uznał te wyjaśnienia za dostateczne. Natomiast zgodnie z wyrokiem z 31 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2517/19

złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. W konsekwencji sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Dodatkowo z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne:

- zgodnie z § 10 ust. 2 oraz ust. 3 umowy kosztorys ofertowy na roboty zamienne sporządzony będzie przez wykonawcę w oparciu o przedmiar wykonany przy udziale inspektora nadzoru w oparciu o stawki, ceny oraz narzuty niewyższe niż w zweryfikowanym kosztorysie wskazanym w § 3 ust. 5, a w przypadku użycia materiałów lub wykonywania robót, których nie ma w w/w kosztorysach, będą one rozliczane na podstawie kosztorysów przygotowanych przez wykonawcę, a weryfikowanych przez inspektora nadzoru i Zamawiającego. Kosztorysy te opracowane będą w oparciu o następujące założenia: (a) ceny czynników produkcji (R, M, S, Ko, Z) nie mogą być wyższe niż wynikające z kosztorysów ofertowych złożonych przez Wykonawcę;
- przy tak ukształtowanym sposobie rozliczeń robót zamiennych wskazane przez Konsorcjum stawki r-g wynoszące 4 zł, 5 zł, czy też 8 zł będą przyjęte do wyceny danych robót zamiennych, niezależnie od nakładów pracy dla tych robót wynikających z KNR;
- uzyskane w ten sposób wynagrodzenie nie będzie odpowiadało wartości rynkowej robót zamiennych, a stawka r-g nie będzie zawierała w sobie minimalnej stawki godzinowej pracownika wykonującego pracę.

Po drugie, Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum celowo zaniżyło koszty wykonania poszczególnych robót ujętych w kosztorysie ofertowym, manipulując w tym celu stawkami za roboczogodzinę dla niektórych rodzajów robót, które są nierealne (nierynkowe) dla wykonania tych robót. Jak wynika z wyjaśnień Konsorcjum, uczyniło to, aby wartość całej oferty była w jego ocenie wartością rynkową. W ten sposób jednak poszczególne elementy robót zostaną wykonane przy stawce roboczogodziny poniżej stawki wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Przyjęta stawka za roboczogodzinę jest bardzo znaczącym elementem wyceny i kształtuje w dużej mierze końcową wartość oferty. Stąd zaniżenie kosztu roboczogodziny wprost przekłada się na możliwość zaoferowania niższej ceny oferty i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Choć każdy z wykonawców dokonuje szacunków przy uwzględnieniu specyfiki swojego przedsiębiorstwa, niemożliwe jest jednak zastosowanie tak niskich stawek roboczogodziny.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Na podstawie ww. przepisu, wyszczególniającego niezamknięty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, możliwe jest uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy. Konsorcjum, przez zastosowanie stawek za roboczogodzinę niezgodnych z przepisami prawa dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę, celowo dokonało nierzetelnego obliczenia kosztów (a w konsekwencji ceny oferty) poniżej ich realnego poziomu. Według Odwołującego akceptacja takiego działania prowadzi do nierównego traktowania wszystkich wykonawców i nieporównywalność ich ofert, gdyż pozostali wykonawcy wycenili koszty robocizny w sposób rynkowy. Działanie Konsorcjum narusza interes innych wykonawców jako podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia z zachowaniem stawek wynikających z obowiązujących przepisów. Każdy wykonawca ma prawo oczekiwać równego traktowania ze strony Zamawiającego, jak również możliwości konkurowania na równych i uczciwych zasadach z innymi uczestnikami rynku.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności związane z przebiegiem badania wadium wniesionego przez Konsorcjum:

- zgodnie z treścią dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej 30 stycznia 2020 r. przez Balcia Insurance podmiotem „Zobowiązany” jest wyłącznie Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D. Ś.,

- Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D. Ś. w dniu wystawienia ww. gwarancji nie był uprawniony do jej uzyskania w imieniu Budopolu sp. z o.o., który udzielił mu pełnomocnictwa w trybie art. 23 ust. 2 pzp do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia dopiero 31 stycznia 2020 r. (data znacznika czasu podpisu elektronicznego);

- powyższa gwarancja nie wskazuje w swojej treści jednoznacznie przypadków uprawniających do skorzystania z wadium;

- zgodnie z pkt 8.7. SIWZ zobowiązanie gwaranta do zapłaty powinno być m.in. bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego;

- według treści powyższej gwarancji gwarant zobowiązany jest do zapłaty wyłącznie na (...) pierwsze pisemne oryginalne żądanie zapłaty razem z przedstawieniem (...) oświadczenia

(...), zgodnie z procedurą i ograniczeniami zakresu osób uprawnionych do podpisania wezwania z pkt 4.1. gwarancji (złożenie oryginalnego oświadczenia za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, składanego przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego, które to osoby mają być identyfikowane przez wskazany bank), pod rygorem sankcji wskazanych w pkt 4.2. gwarancji;

- to w konsekwencji oznacza, że wezwanie do zapłaty z gwarancji może być wystosowane jedynie w formie pisemnej (a nie np. w formie z kwalifikowanym podpisem elektronicznym) i musi być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego zgodnie z KRS (a nie np. przez pełnomocnika);

- zgodnie z pkt 7. gwarancji zobowiązania nią zabezpieczone po upływie terminu określonego w pkt 3. gwarancji wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia beneficjenta (Zamawiającego) stają się bezskuteczne z upływem tego terminu.

- według treści gwarancji Balcia ma w założeniu wypłacać należną kwotę w ciągu 14 dni od daty skutecznego doręczenia wezwania do zapłaty na adres siedziby gwaranta;

- biorąc pod uwagę treść pkt 7. w zw. z pkt 3. gwarancji, jeżeli Zamawiający złoży żądanie o wypłatę z gwarancji na mniej niż 14 dni przed końcem upływu okresu ważności gwarancji, Balcia może odmówić wypłaty takiego żądania.

Odwołujący, po pierwsze zarzucił, że ponieważ przedłożona gwarancja nie obejmuje swoim zakresem wszystkich członków Konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia, nie stanowi właściwego zabezpieczenia interesu Zamawiającego.

Po drugie, Odwołujący zarzucił, że ogólnikowe odwołanie do przepisów ustawy pzp nie wyczerpuje wskazanych wymagań co do jednoznaczności treści gwarancji, gdyż nie wskazuje konkretnych przypadków, w których można skorzystać z wadium. W konsekwencji tego przedłożona gwarancja nie odpowiada wymogom SIWZ i ustawy pzp.

Wreszcie, po trzecie, Odwołujący zarzucił, że treść gwarancji w praktyce nie zapewnia zobowiązania do zapłaty ani bezwarunkowego, ani realizowanego na każde wezwanie. Oznacza to sprzeczność treści gwarancji względem SIWZ i przepisów pzp. Praktyczna doniosłość przywołanych powyżej postanowień odnośnie sposobu realizacji wezwania polegać będzie przykładowo na tym, że w przypadku błędnego złożenia przez Zamawiającego pierwszego wezwania o wypłatę z gwarancji, nie będzie miał on możliwości ponownego poprawnego złożenia tego żądania. Zastrzegane przez Balcia procedury i zasad wykorzystania gwarancji wskazane w jej pkt 4. pozbawiają ją w istocie elementu bezwarunkowości wymaganego przez Zamawiającego. Z kolei zawarty w pkt 7. zapis odnośnie wygaśnięcia gwarancji jest tak szeroki, że w istocie obejmuje wszystkie roszczenia potencjalnie wymagane do zabezpieczenia wskazaną gwarancją i pozbawia Zamawiającego uprawnień do skutecznego dochodzenia tych roszczeń.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 2 lipca 2020 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Zamawiający zrelacjonował następująco przebieg badania oferty Konsorcjum:

- pismem z 16 marca 2020 r. zwrócił się o wyjaśnienia w zakresie tych robocizogodzin kosztorysowych, które zostały przez niego wycenione najniżej: a) załącznik nr 2.1. - kosztorys budowlany, poz. 11. - Odkucie skorodowanego zbrojenia o śr. 12 mm na powierzchniach sufitowych -robocizna 5,00 zł/r-g; b) załącznik nr 2.10. - kosztorys rozbiórki,

poz. 1. - Usunięcie z piwnic budynku ziemi bez względu na kategorię, -robocizna 8,00 zł/r-g;
c) załącznik nr 2.10. - kosztorys rozbiórki, poz. 12. - Usunięcie z budynku gruzu na hałdę
poza obiektem - robocizna 4,00 zł/r-g.

- w piśmie z 19 marca 2020 r. Konsorcjum wskazało, że stosowanie zróżnicowanych stawek r-g wynika z braku możliwości weryfikacji nakładów rzeczowych zawartych w katalogach

KNR, gdyż przyjęte tam nakłady w starciu z rzeczywistym nakładem pracy koniecznym do

realizacji powodują konieczność wprowadzenia zróżnicowanych stawek tak, aby cena za wykonanie określonych zakresów robót była wartością realną;

- Konsorcjum wyjaśniło również, że stawka roboczogodziny znajdująca się w kosztorysie ofertowym nie jest odzwierciedleniem wprost wysokości wynagrodzenia ani wykonawcy, ani osób wykonujących roboty w ramach realizacji zamówienia;

- Konsorcjum odniosło się również w sposób szczegółowy do poszczególnych kosztorysów, przedstawiając w formie tabelarycznej średnie stawki roboczogodziny dla zakresu robót ujętych w każdym kosztorysie - średnia stawka wynagrodzenia za 1 r-g brutto wynosi od 29,83 zł/r-g do 39,10 zł/r-g, a w przypadku instalacji poczty pneumatycznej 210,46 zł/r-g.

Zamawiający dokonał zestawienia wartości robót netto w kosztorysach Erbudu i Konsorcjum obejmujących pozycje zakwestionowane w odwołaniu:

- kosztorys budowlany (załącznik nr 2.1. do SIWZ) - Erbud 314.271,49 zł, Konsorcjum 454.423,05 zł (więcej);

- drugi kosztorys rozbiórki (załącznik nr 2.10. do SIWZ) - Erbud 636.642,85 zł, Konsorcjum 480.477,66 zł (10% mniej).

Zamawiający podał, że w niektórych pozycjach kosztorysów Erbud sam wskazał

stawki roboczogodziny niższe niż minimalne stawki wynagrodzenia, przykładowo w kosztorysie ofertowym na załączniku nr 2.1. do SIWZ w poz. 1, 2 i 3 jest to 12;20 zł/r-g.

Zamawiający ustalił również, że znacząca różnica (1.399.704,44 zł) pomiędzy cenami ofert Konsorcjum (7.325.366,36 zł) a Erbudu (8.725.070,80 zł) wynika z kosztorysów, co do których Odwołujący nie zgłasza zastrzeżeń względem zastosowanych przez Konsorcjum stawek roboczogodzin, w szczególności: roboty elektryczne - różnica o 549 tys. zł, roboty wod.-kan. i chłód. - różnica o 637 tys. zł, WIK - różnica 203 tys. zł.

Wreszcie Zamawiający zrelacjonował, że sam oszacował wartość tego zamówienia na 7.421.266,16 zł (brutto).

Zamawiający podniósł w pierwszej kolejności, że Odwołujący błędnie utożsamia

stawkę roboczogodziny kosztorysowej ze stawką godzinową wynagrodzenia pracownika, gdyż w obrocie gospodarczym są to dwa różne pojęcia. Roboczogodzina jest jednostką miary wykonanej pracy dla potrzeb kosztorysowania, która nie zawsze jest adekwatna dla rzeczywistego czasu wykonywania objętej nią pracy, gdyż jest to przeciętna ilość pracy, która wedle katalogów i systemów kosztorysowania powinna zostać wykonana przez jedną osobę podczas jednej godziny zegarowej. Natomiast rzeczywisty czas realizacji czynności może być zależny od stopnia organizacji pracy przez wykonawcę, użytych narzędzi czy też technologii.

Zamawiający zauważył, że art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp, zgodnie z którym wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, odwołuje się do kosztów pracy a nie stawki roboczogodziny kosztorysowej. Zamawiający przywołał w tym kontekście wyrok z 6 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1402/20, w którym Izba wyraziła również takie stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego, gdyby przyjąć założenie Odwołującego, które legło u podstaw podnoszonych przez niego zarzutów, należałoby dojść do wniosku, że również i stawki z oferty Erbudu pozostają niezgodne z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Następnie Zamawiający wywiódł, że co prawda ze względu na konieczność zapewnienia porównywalności ofert nie dopuścił ingerencji przez wykonawców w nakłady rzeczowe zawarte w katalogach KNR, każdy z wykonawców mógł jednak ustalić rzeczywisty nakład pracy niezbędny do realizacji danych robót, przy uwzględnieniu organizacji swojego przedsiębiorstwa, aby zapewnić realną (a nie zawyżoną) wycenę. Zdaniem Zamawiającego

takie działanie wykonawców świadczy o rzetelnym podejściu do przygotowania oferty i zamiarze zaoferowania ceny uwzględniającej rzeczywiste nakłady pracy konieczne dla realizacji robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Dla Zamawiającego nie budzi również wątpliwości, że każdy z podmiotów decydujących się na złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przyjmuje stawki roboczogodziny kosztorysowej w oparciu o własne kalkulacje sporządzone na potrzeby konkretnego zamówienia. Według Zamawiającego w wypadku przyjęcia, że wykonawcy nie mają prawa przyjmować wartości wynikających z ich własnych kalkulacji, doszłoby do paradoksalnej sytuacji, że wszystkie oferty zawierałyby jednakową cenę.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Konsorcjum są konkretne i tłumaczą przyjęte stawki r-g w pozycjach, o które w treści wezwania pytał Zamawiający.

Zamawiający podniósł również, że przez rażąco niską cenę należy rozumieć cenę nierealistyczną, oderwaną od realiów rynkowych, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w sposób należyty i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niska cena odbiega od wartości oszacowanej z należytą starannością przez zamawiającego oraz cen pozostałych oferentów w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co nie miało miejsca w tym postępowaniu.

Odnosnie postanowień § 10 wzoru umowy dotyczącego robót zamiennych Zamawiający zauważył, że zgodnie z § 10 ust. 1 roboty zamienne dotyczą sytuacji wprowadzenia na rynek w trakcie trwania umowy nowych materiałów i urządzeń o lepszych parametrach. Ponieważ pozycje kwestionowane przez Odwołującego dotyczą takich prac jak m.in. usunięcie z piwnic budynku ziemi, nie zawierają w sobie elementów, co do których możliwa byłaby rezygnacja z dotychczasowych rozwiązań i zastosowanie nowych uwzględniających materiały czy też urządzenia o lepszych parametrach.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający podał, że „Gwarancja zapłaty wadium o numerze PL17-GU-0000113-W/11”, udzielona przez BALCIA INSURANCE spółka europejska wprost wskazuje w swojej treści, że w postępowaniu przetargowym nr ZP/114/2019 prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi D. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. występuje w konsorcjum.

Zamawiający podniósł, że decydujące znaczenie należy przypisać treści gwarancji. Decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta ma całościowa wykładnia gwarancji, w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej przesłanek zapłaty (wyrok Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17). Rozważenia każdorazowo wymaga - w świetle czynników wskazanych w przepisie art. 65 kc tj. ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej - czy ze spełnieniem przesłanki zapłaty kwoty gwarancji przez gwaranta mamy do czynienia również wtedy, gdy przyczyna zatrzymania wadium tkwi w bezpośrednim zaniechaniu tego członka konsorcjum, który nie został wymieniony jako zobowiązany.

Zamawiający podał również, że w tym przypadku treść gwarancji odnośnie przesłanek wypłaty kwoty gwarancji odwołuje się do warunków zatrzymania wadium określonych przepisami Prawa zamówień publicznych.

Według Zamawiającego ponieważ warunki zatrzymania wadium określają przepisy art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1- 3 pzp, które każdorazowo odnoszą się do określonego zaniechania wykonawcy, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co wynika wprost z przepisów art. 23 ust. 1 i 3 pzp, oraz uwzględniając, że w treści gwarancji wskazano na złożenie oferty przez Konsorcjum - nie może budzić wątpliwości, że przesłanki zapłaty kwoty gwarancji zaktualizują się również wtedy, gdy przyczyną zatrzymania wadium będzie zaniechanie tylko tego członka konsorcjum, który nie został wymieniony jako zobowiązany.

Zdaniem Zamawiającego bez znaczenia dla oceny prawidłowości i skuteczności tej gwarancji wadialnej jest kwestia pełnomocnictwa udzielonego przez członka Konsorcjum w trybie art. 23 ust. 2 pzp, skoro gwarancja w swojej treści wprost odwołuje się do złożenia oferty przez konsorcjum, którego członków identyfikuje.

Zamawiający zauważył, że przywołane w odwołaniu orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15, które odnosiło się do próby wysnucia skutków prawnych w zakresie gwarancji bankowej dla obu członków konsorcjum w sytuacji, gdy w treści gwarancji nie tylko nie wymieniono drugiego z członków konsorcjum,

ale nawet nie wskazano, że oferta składana jest w ramach konsorcjum, jest nieadekwatne w okolicznościach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Zamawiającego zawarta w treści gwarancji wadialnej formuła „(...) 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” w pełni wypełnia wymóg wyraźnego i konkretnego określenia przypadków uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium (tak Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z 13 marca 2017 r. sygn. akt KIO 350/17).

Zdaniem Zamawiającego również użycie w treści gwarancji wadialnej sformułowania „pierwsze pisemne oryginalne żądanie zapłaty (...)” nie prowadzi do sprzeczności względem SIWZ ustawy pzp, gdyż (abstrahując od tego, że nieprawidłowości wadium nie należy rozpatrywać w płaszczyźnie niezgodności z SIWZ - tak wyrok Izby z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 653/17) gwarancja wadialna opatrzona klauzulami „nieodwołanie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” kreuje abstrakcyjne zobowiązanie gwaranta wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących gwaranta z zobowiązanym oraz zobowiązanego z beneficjentem. Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej (zasada prawna) z 16 kwietnia 1993 r. sygn. akt III CZP 16/93 do minimalnej treści, jaką winna zawierać gwarancja należy określić, że ma ona charakter „bezwarunkowy”, „nieodwołalny”, a suma gwarancyjna płatna jest na „pierwsze żądanie”. Wymienione powyżej elementy, które zawiera gwarancja wadialna złożona przez Przystępującego, zapewniają Zamawiającemu uzyskanie od gwaranta kwoty wadium na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty. Natomiast dokonana przez Erbud na potrzeby odwołania wykładnia pojęcie „pierwszego żądania” nie uwzględnia reguł określonych w art. 65 § 1 i 2 kc.

W ocenie Zamawiającego również wskazane w treści gwarancji wadialnej warunki formalne, jakie musi spełniać żądanie wypłaty kwoty gwarancji, nie pozbawiają ją elementu bezwarunkowości. Wymóg podpisania żądania przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu beneficjenta oraz wymóg przedstawienia tego żądania za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek beneficjenta nie ograniczają odpowiedzialności gwaranta, co jest ugruntowanym stanowiskiem w orzecznictwie {w odpowiedzi na odwołanie przytoczono fragment uzasadnienia wyroku Izby z 23 marca 2012 r. sygn. akt KIO 467/12}.

Według Zamawiającego twierdzenia o rzekomym braku możliwości złożenia żądania wypłaty kwoty gwarancji w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jak również o braku możliwości złożenia takiego żądania przez odpowiednio umocowanego pełnomocnika są nie tylko bezpodstawne, ale również całkowicie niezrozumiałe, gdyż nie znajduje oparcia ani w treści samej gwarancji ani też w obowiązujących przepisach.

Dla Zamawiającego podobnie niezrozumiałe jest twierdzenie, że postanowienie z pkt 7. gwarancji wadialnej uprawnia gwaranta do odmowy wypłaty kwoty gwarancji w sytuacji,

gdy żądanie wypłaty zostanie złożone na mniej niż 14 dni przed końcem upływu okresu

ważności gwarancji. Gwarancja wadialna zachowuje trwałość od momentu jej zawarcia do chwili upływu terminu ważności gwarancji, co stanowi właśnie wyraz jej nieodwołalnego charakteru. Termin ważności gwarancji jest terminem, z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta za zapłatę kwoty wadium. Termin końcowy gwarancji to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kc, gdyż ustają w tym terminie skutki czynności prawnej dokonanej przez gwaranta, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. W ten sposób należy rozumieć treść postanowienia zawartego w pkt 7. gwarancji wadialnej. Nawet braku takiego postanowienia nie spowodowałby zmiany charakteru terminu ważności gwarancji. 14-dniowy termin na wypłatę kwoty gwarancji, o którym mowa w pkt 5. gwarancji wadialnej, odnosi się jedynie do czasu przysługującego gwarantowi na realizację żądania zapłaty. Nie można utożsamiać go ze skróceniem okresu ważności gwarancji.

Zamawiający podsumował, że żądanie zapłaty gwarancji musi być tym samym zgłoszone w terminie ważności gwarancji, co zostało również wprost wskazane w ust. 4.2 gwarancji wadialnej.

6 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej zgłoszenie przez Konsorcjum przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania

(zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) - Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a w piśmie z 8 lipca 2020 r. w szczególności następująco odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Przystępujący wywiódł, że stawka roboczogodziny (robocizny) jest jednostką miary

prz. formułowaniu kosztorysu i odzwierciedla ilość pracy, która powinna zostać wykonana przez jedną osobę podczas jednej godziny. Na podstawie roboczogodziny ustala się harmonogramy i terminy ukończenia pracy. Z kolei wynagrodzenie pracowników to dochód z pracy osób wykonujących pracę podporządkowaną na podstawie umowy o pracę. Nie można stawiać znaku równości pomiędzy roboczogodziną a minimalnym wynagrodzeniem pracownika, gdyż są to dwa różne pojęcia.

Przystępujący zwrócił uwagę, że co do spełniania przez niego wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego nie ma zarzutu.

Według Przystępującego tym samym zarzut zatrudniania personelu za stawki poniżej wartości wynikających z obowiązujących przepisów prawa nic zostało udowodnione.

Przystępujący podkreślił, że nie zastosował do realizacji tego zamówienia stawek roboczogodziny poniżej kosztów, jakie mogłyby wskazywać na wypłatę wynagrodzenia pracownikom poniżej stawek minimalnych.

Przystępujący podniósł, że nakłady robocizny w katalogach nakładów rzeczowych często nie odpowiadają rzeczywistym nakładom niezbędnym do wykonania danej czynności, stąd zachodzi konieczność urealnienia wartości robót wskazanych w pozycjach kosztorysowych.

Według Przystępującego choć Zamawiający w tym postępowaniu wymagał, aby nie dokonywać zmian nakładów w poszczególnych pozycjach kosztorysowych, nie zabronił stosowania różnych stawek robocizny, z czego skorzystał Przystępujący, aby urealnić nakłady robocizny do rzeczywistych warunków wykonywania robót.

Przystępujący podkreślił, że wykonawca na etapie przygotowywania oferty nie miał obowiązku informować Zamawiającego o „niewłaściwych nakładach rzeczowych wynikających z obowiązujących w całym kraju Katalogach Nakładów Rzeczowych”, a realne nakłady są uzależnione od przewidywanej organizacji pracy i mogą być charakterystyczne tylko dla danego wykonawcy.

Przystępujący następująco odniósł się do zakwestionowanych w odwołaniu pozycji kosztorysu:

Zał. 2.1. kosztorys nakładczy budowlany, poz. 11. d2 - Odkucie skorodowanego zbrojenia o śr. 12 mm na powierzchniach sufitowych

Nakłady robocizny w tej pozycji wynoszą 3,11 r-g na odkucie 1 mb skorodowanego zbrojenia, co przy przedmiarze 1600 m oznacza, że do wykonania tej pracy 1 pracownik potrzebowałby 4976 godzin to jest 622 dniówki, czyli dwa lata. Przy 10 pracownikach tylko do tego jednego elementu zakresu robót praca będzie trwała 62 dniówki, czyli około trzy miesiące.

W rzeczywistości stan faktyczny i sposób wykonania są zupełnie inne, gdyż pracownik do realizacji tego zakresu będzie używał odpowiednich elektronarzędzi, a nie młotka z przecinakiem, jak opisuje to katalog nakładów rzeczowych. Ponadto nie będzie wykonywany każdy ze skorodowanych prętów oddzielnie, gdyż pręty zbrojeniowe znajdują się w konstrukcji żelbetowej w bezpośredniej bliskości siebie (np. 3 cm) i wykucie jednej szerszej bruzdy spowoduje demontaż np. 5 prętów.

Stosując ściśle jedną stawkę robocizny doszłoby w tym przypadku do sytuacji, że za pracę o wartości rynkowej około 48 tys. zł Zamawiający musiałby zapłacić ponad 200 tys. zł. Zał. 2.10 kosztorys nakładczy rozbiórki, poz. 2. - Usunięcie z piwnicy budynku ziemi bez względu na kategorię .

Nakłady robocizny w tej pozycji kosztorysowej wynoszą 5,91 r-g na usunięcie 1m³ ziemi z urobku w piwnicy. Przy założeniu, że jedna taczka ma pojemność 80 dm³ (czyli 0,08 m³) jeden pracownik maszerowałby z taczka z urobkiem przez pół godziny (gdyż

5,91x0,08=0,47 h), przez cały dzień pracy ten pracownik wywoziłby około 15 taczek, tym samym wydajność takiego pracownika byłaby niewielka. Jeszcze gorsza wydajność byłaby, gdyby zastosować organizację pracy zgodnie z opisem w katalogu nakładów rzeczowych, gdyż KNR 4-01 poz. 0106-05 opisuje usunięcie tej ziemi z piwnicy budynku w nosilkach (drewniane skrzynie z czterema uchwyty), od wielu lat niestosowanych w budownictwie, bo usunięcie tej samej ilości ziemi jak w taczce wymagałoby zatrudnienia dwóch osób.

Tymczasem do wykonania tej konkretnej pracy założono zastosowanie taśmociągu o napędzie mechanicznym i wówczas usunięcie ziemi z piwnicy odbędzie przy znacznie mniejszych nakładach robocizny. Aby prawidłowo skalkulować te prace, zastosowano niższą stawkę robocizny niż w innych pozycjach kosztorysowych, dzięki czemu uzyskano ich wartość rynkową.

Zał. 2.10 kosztorys nakładczy rozbiórki, poz. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 - Cięcie piłą diamentową betonu zbrojonego.

We wszystkich tych pozycjach nakłady robocizny wynoszą 11,4 r-g na przecięcie 1 m² powierzchni przecinanej betonu. Z uwagi na specjalistyczny charakter tych prac i trudności w ocenie wielkości niezbędnych nakładów, Przystępujący zwrócił się do kilku firm budowlanych wykonujących tego typu usługi z prośbą o wycenę tych robót (ze wskazaniem ilości robót podanych w przedmiarach, ale w połączeniu z udostępnieniem dokumentacji projektowej dotyczącej tego wąskiego zakresu).

Z uzyskanych ofert wynika, że pełny zakres robót związany z cięciem konstrukcji betonowej na rynku może zostać zrealizowany za kwotę do 45 tys. zł brutto (w ofercie Przystępującego łącznie na wykonanie prac objętych tymi pozycjami przewidziano łącznie kwotę 69.163,73 zł. Tym samym nawet gdyby na etapie realizacji Przystępujący zdecydował się na zlecenie tego zakresu podwykonawcy, cena ta umożliwiałaby zysk oraz zapewnia rezerwę na wypadek niespodziewanej zmiany warunków wykonywania robót i nic może tu być mowy o rażąco niskiej cenie.

Zał. 2.10 kosztorys nakładczy rozbiórki, poz. 12 - Usunięcie z budynku gruzu na hałdę poza obiektem.

Jest to ta sama pozycja katalogowa co poz. 2. Nakłady robocizny w tej pozycji kosztorysowej wynoszą 5,91 r-g na usunięcie 1 m³ gruzu z budynku. Zamawiający zastosował tutaj tzw. krotność 3, tak więc nakłady robocizny wynoszą 17,73 r-g na usunięcie 1 m³ gruzu z budynku. I znów zakładając, że taczka ma pojemność 0,08 m³ jeden pracownik wywoziłby taczkę gruzu niemal przez 1,5 godziny (gdyż 5,91x3x0,08=1,42 h), czyli przez cały dzień ten pracownik wywoziłby nieco ponad 5 taczek gruzu. Jeszcze gorsza wydajność byłaby, gdyby zastosować nosilki, o których mowa w opisie tej pozycji KNR, gdyż wówczas na jednego pracownika dziennie przypadłaby objętość odpowiadająca niecałemu trzem taczkom wywiezionego gruzu, co jest nie do przyjęcia.

Cena Przystępującego za wykonanie tej pracy wynosi 10.172,00 zł, a przy zastosowaniu wyższej stawki robocizny byłoby to około 50 tys. zł co za przewóz 70 m³ gruzu jest kwotą znacznie zawyżoną.

Przystępujący zwrócił uwagę, że przy zastosowaniu 3-krotności stawka robocizny podstawowej przed narzutami wynosi 12 zł za jedną roboczogodzinę, jest więc niemalże taka sama, jaką stosował w swoich kosztorysach Odwołujący (przykładowo w kosztorysie nakładczym budowlanym zał. 2.1. w poz. 1 zastosował stawkę robocizny 12,20 zł/rg, tak samo w poz. 2, 3, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 46, 47, 55 - w sumie daje to 9797 roboczogodzin za łączną kwotę niemal 120 tys. zł netto).

Przystępujący podniósł, że gdyby przyjąć tok rozumowania Odwołującego polegający na wyjęciu z całości kosztorysu pojedynczych pozycji, w jego ofercie również należałoby się dopatrzyć rażąco niskiej ceny, tym bardziej, że wycenił szereg elementów w cenach poniżej cen rynkowych, a wręcz symbolicznie.

I tak w kosztorysie nakładczym budowlanym zał. nr 2.1. w poz. 20. wyceniono pracę żurawia samochodowego 5-6 t na 3,55 zł za 1 m-g, w poz. 20. ciągnik kołowy 5,33 zł/m-g, w poz. 24. kosztorysu samochód skrzyniowy do 5t kosztuje 2,38 zł/m-g, w poz. 25. samochód skrzyniowy 5,93 zł/m-g oraz samochód samowyladowczy do 5t 3,55 zł/m-g, a także w wielu pozycjach środek transportowy został wyceniony na kwotę 5,93 zł/m-g.

W kosztorysie nakładczym Rozbiórki zał. nr 2.10. w poz. 20 ERBUD OPERATION wycenił pracę żurawia samochodowego 5-6 t na kwotę 5,51 zł/m-g a w poz. 22 na kwotę 11.02 7,1/m-g.

Przystępujący podkreślił, że w cenach pracy sprzętu ujęty jest również koszt pracy

operatora czy kierowcy. Stąd jeśli praca samochodu skrzyniowego została przez Erbud wyceniona na 2,38 zł/mg, można wnioskować, że kierowca tego samochodu zarabia poniżej 1 zł za godzinę pracy.

Ponadto Przystępujący zamieścił tabelę porównującą ceny pracy sprzętu w jego

ofercie oraz w ofercie Erbud, z którego wynika, że ten ostatni wycenił te pozycje na poziomie dużo niższym od cen rynkowych oraz od minimalnych cen publikowanych w kwartalnikach Sekocenbud.

W odniesieniu do poszczególnych kosztorysów, w tym do kosztorysów z zał. .2.1. i 2.10 Przystępujący zamieścił tabelaryczne zestawienie obejmujące wyliczenie liczby roboczogodzin w każdym kosztorysie wraz podaniem średniej stawki roboczogodziny dla zakresu robót ujętych w każdym kosztorysie.

Według Przystępującego z tego zestawienia wynika, że nawet gdyby utożsamić minimalną stawkę godzinową wg obowiązujących przepisów z roboczogodziną, w każdym przypadku wartości określone w jego kosztorysie znacznie przewyższają minimalne wynagrodzenie.

Przystępujący dodatkowo wskazał, że oba przedsiębiorstwa zatrudniają pracowników

wyłącznie na podstawie umowy o pracę na pełny etat, a także przedstawił wykaz zatrudnionych pracowników wg stanu na 31 maja 2020 r.

{ad pkt. 3 listy zarzutów}

Przystępujący zrelacjonował, że w treści Gwarancji wadialnej nr PLI 7-GU-OOOOI 13-W/II, wystawionej 30 stycznia 2020 r. przez BALCIA INSURANCE S.A., jest napisane, że Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. S. z Częstochowy, zwane dalej: „Zobowiązany”, występuje w Konsorcjum z Przedsiębiorstwem Budowlanym BUDOPOL sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie, a dalej „Zobowiązany” został zdefiniowany jako podmiot, który złożył ofertę.

Przystępujący podał dodatkowo, że we wniosku o udzielenie gwarancji w pkt 1. przeznaczonym na dane zobowiązanego składający wniosek wpisał: Zobowiązany (wnioskodawca) pełna nazwa firmy: KONSORCJUM FIRM: Lider konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. S. Partner konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOPOL” Sp. z o.o. - 42-244 Jaskrów, ul. Starowiejska 5 NIP: 9492213521, Regon: 366493401 {na dowód załączono wydruk zrzutu ekranu wykonany 28.01.2020 r.}.

Przystępujący podniósł, że gwarancja wadialna zawiera oświadczenie woli, które podlega ogólnym regułom wykładni wskazanym w art.65 ust. 1 i 2 Kodeksu cywilnego (por. wyroki o sygn. akt: KIO 150/12, KIO 54/2011, KIO 401/12, KIO 333/11, KIO 2593/17, KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13, KIO 765/13, KIO 784/13, a także wyroki Sądu Najwyższego z: 21 czerwca 2007 r. sygn. akt IV CSK 95/07 oraz 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17).

Ponadto, jak trafnie zdaniem Przystępującego wskazano w uzasadnieniu wyroku z 4 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2394/18, minimalnymi wymaganiami, jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej są: określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania.

Zdaniem Przystępującego w tej sprawie treść dokumentu gwarancji nie wymaga żadnej wykładni, gdyż nie ma możliwości innego zrozumienia, że zobowiązany z tytułu udzielonej gwarancji jest Konsorcjum, które złożyło ofertę. Nie ma natomiast podstaw do wnioskowania, że wadium zostało wniesione jedynie w imieniu jednego podmiotu składającego ofertę wspólnie, a tym samym nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w sytuacji, gdy którykolwiek z tych podmiotów spowoduje swoim działaniem zaistnienie okoliczności uprawniających do zatrzymania wadium.

W ocenie Przystępującego w treści odwołania przytoczono szereg orzeczeń, które nie odnoszą się do sytuacji faktycznej, z jaką mamy do czynienia w tym postępowaniu:

- w wyroku z 12.10.2017 r. o sygn. akt. KIO 2076/17 w gwarancjach bankowych brak było jakiegokolwiek nawiązania do drugiego z członków konsorcjum, choćby poprzez wskazanie, że takowy istnieje i gwarant ma o nim wiedzę;
- w wyroku z 30 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 709/19 nieprawidłowość gwarancji wadialnej objawiała się w trzech zakresach: 1) nieprawidłowa forma - kopia zamiast oryginału,

2) nieprawidłowa treść - nie zawiera ona zapisów wymaganych w SIWZ, zgodnych z art. 46 ust. 4a i 5 pzp, 3) podpisanie przez osobę nieupoważnioną do działania w imieniu gwaranta;

- wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.09.2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15 odnoszące się do udzielonego pełnomocnictwa, gdyż w niniejszej sprawie pełnomocnictwo nie dotyczy wnoszenia wadium i Przystępujący nie wiąże z jego udzieleniem żadnych skutków związanych z gwarancją wadialną, bo wnioskodawcą było Konsorcjum, a nie jego pełnomocnik.

Niezależnie od powyższego Przystępujący - jak stwierdził - z daleko posuniętej ostrożności, dodał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego stanowisko Izby w zakresie tego, czy wadium, w którym gwarancja wadialna wystawiona na rzecz jednego z podmiotów

wspólnie ubiegających się o zamówienie powinna zostać uznana za skuteczną

zabezpieczenie oferty wspólnie złożonej nie jest jednolite. Istnieje bowiem szereg wyroków, które stwierdzają prawidłowość wniesionego wadium nawet przez jeden podmiot {w piśmie Przystępujący wskazał przykłady takich wyroków}. Co więcej, w orzecznictwie występuje również stanowisko, zgodnie z którym uwzględnienie w gwarancji wyłącznie lidera konsorcjum kwalifikuje się jako wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na treść art. 23 ust. 3 pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wspólnie ubiegających się o zamówienie {w piśmie przystępujący wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie i wyrok Izby}.

Odnosząc się do rzutu braku zacytowania w treści gwarancji przepisów art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy pzp, Przystępujący podał, że zgodnie z treścią przedłożonej gwarancji podstawą wypłaty wadium na rzecz beneficjenta będzie oświadczenie, że zaistniał co najmniej jeden warunek zatrzymania wadium określony w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z późniejszymi zmianami.

W ocenie Przystępującego gwarant w sposób możliwie najszerzy określił prawo do zabezpieczenia się z tej gwarancji, gdyż nie jest ono ograniczone nr artykułu ustawy pzp, dziennikiem publikatora ustawy czy zmian do ustawy, a odnosi się do instytucji zatrzymania wadium. Ponieważ pojęcie zatrzymania wadium w całej ustawie pzp występuje jedynie w art. 46 ust. 4a i ust. 5, nie może być wątpliwości, że użycie w gwarancji tego pojęcia odnosi się do konkretnych, zdefiniowanych zdarzeń. Natomiast wskazanie ustawy pzp z uwzględnieniem zmian obejmuje wszystkie zmiany do czasu wystawienia gwarancji, nie ma zatem również żadnego zagrożenia, że nie ujęto jakiegokolwiek zmiany prawa.

Przystępujący zaznaczył, że wbrew stanowisku Odwołującego treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisów ustawy pzp, wystarczające jest opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa określających warunki zapłaty lub zasad określonych w ustawie (patrz wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 9 kwietnia 2009 r. sygn. akt X Ga 81/09, LEX nr 1713348 oraz wyroki Izby z: 14 października 2014 r. sygn. akt KIO 2016/14, 1 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2227/13, KIO 2229/13).

Według relacji Przystępującego w pkt 7. gwarant zawarł informację, że po upływie ważności wadium beneficjent nie zabezpieczy swoich ewentualnych roszczeń, a w pkt 3. określono termin ważności, jak i zawarto pouczenie, że po upływie tego terminu nie będzie możliwe zabezpieczenie się z gwarancji

Zdaniem Przystępującego bezzasadny jest również zarzut postawiony w zw. z brzmieniem powyższych pkt, gdyż z istoty swej gwarancja wadialna ma ważność ograniczoną terminem, co oznacza, że beneficjent może się z niej zabezpieczyć do jego upływu.

Tym bardziej, że w gwarancji wadialnej Odwołującego znajduje się tożsame sformułowanie w brzmieniu: Wszystkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania

odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem uczestników (Stron i Przystępującego) tego postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro jest wykonawcą, który złożył w nim ofertę. Odwołujący może również ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż uniemożliwia mu to uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne :

Nie było sporne, że cena oferty Konsorcjum była wyższa niż kwota, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (a ta z kolei stanowiła ustaloną z należytą starannością wartość szacunkową powiększoną o kwotę podatku od towarów i usług).

Poza wszelkim sporem jest również okoliczność, że podstawą faktyczną wystosowanego przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 pzp była li tylko wątpliwość Zamawiającego co do wysokości stawek roboczogodziny w pojedynczych pozycjach kosztorysowych.

Przy czym Zamawiający już w wezwaniu zakładał, że niska wysokość tych stawek może wynikać z przeliczenia rzeczywistego nakładu roboczogodziny, jaki faktycznie występuje na etapie realizacji prac budowlanych (patrz drugie pytanie w piśmie z 16 marca

2020 r.

W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum potwierdziło te przypuszczenia Zamawiającego, w tym wskazało, że z uwagi na zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian w przedmiarach robót (w tym nakładów jednostkowych na robociznę), nie miał innej

możliwości urealnienia ceny za wykonanie tych zakresów robót w sytuacji, gdy nakłady rzeczowe zawarte w katalogach KNR nie odpowiadają rzeczywistym koniecznym nakładom pracy.

Niezależnie od tego Przystępujący szczegółowo wyjaśnił Zamawiającemu, dlaczego stawka roboczogodziny z kosztorysu ofertowego nie może być utożsamiana ze stawką wynagrodzenia otrzymywaną przez pracownika.

Zamawiający mógł uznać powyższe wyjaśnienia w kontekście wystosowanego wezwania za wystarczające i rozwiewające jego wątpliwości.

Dodatkowo w toku postępowania odwoławczego Przystępujący wyjaśnił w sposób bardzo szczegółowy, krok po kroku, jak za pomocą obniżenia stawek roboczogodziny urealnił nieadekwatne do współczesnego sposobu wykonywania robót nakłady w pozycjach zakwestionowanych w odwołaniu.

Natomiast Odwołujący nie był w stanie wykazać, że nakłady pracy w tych pozycjach wg KNR są w pełni aktualne i odpowiadają współczesnym realiom wykonywania takich prac.

Podstawa faktyczna odwołania sprowadza jest niezwykle wątpliwa, gdyż nie tylko abstrahuje od faktu, że cena oferty Konsorcjum jest wyższa niż oszacowanie dokonane

przez Zamawiającego (którego adekwatności jednak nie podważa), ale również nie wskazuje, w jaki sposób niskie stawki roboczogodziny w nielicznych pozycjach przedmiarów

miałyby się przekładać na to, że zaniżone zostały istotne części składowe ceny oferty.

Skoro oczywiste jest, że nakłady robocizny w pozycjach wskazanych w odwołaniu nie odpowiadają współczesnym realiom, odwołanie nie identyfikuje żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieuczciwe manipulowanie przez Konsorcjum stawkami roboczogodziny.

Izba stwierdziła, że zarzuty związane z ceną oferty Konsorcjum są niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie ze spoczywającym na nim w tym zakresie ciężarem dowodu.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX

Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem

odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie zarówno cena oferty Przystępującego, jak i Odwołującego były wyższe od oszacowania Zamawiającego, stąd skierowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 pzp do Konsorcjum należy rozpatrywać jako przejaw nadmiernej ostrożności Zamawiającego,

gdyż wyłącznie w sytuacji nieudzielenia jakichkolwiek wyjaśnień miałby on podstawę prawną do odrzucenia oferty Konsorcjum.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji

przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególnie rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp.

Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają

wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególnie rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że wprawdzie muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, w uzasadnieniu odwołania tak, a nie inaczej opisano okoliczności faktyczne, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie ocenić złożone na jego żądanie przez Konsorcjum wyjaśnienia. W szczególności z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez Konsorcjum.

Wobec tego rozpoznając sprawę w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp przez Zamawiającego, dzieląc w pełni powyżej zrelacjonowane stanowiska Zamawiającego i Przystępującego wyrażone pisemnie.

Oczywiście bezzasadny jest również zarzut odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż nie zostały wypełnione znamiona klauzuli generalnej wynikającej z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2029 r. poz. 1000 ze zm.), poczynając od braku wykazania działania przez Konsorcjum sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami, przez brak zagrożenia interesu Odwołującego (który sam również wskazywał niższe niż podawana w odwołaniu jako minimalna stawka roboczogodziny, aby

móc konkurować w postępowaniu) lub Zamawiającego (który w przypadku braku urealnienia nakładów dzięki obniżeniu stawek roboczogodzin w nielicznych pozycjach potencjalnie musiałby zapłacić za realizację prac z tych pozycji nieproporcjonalnie dużo). W istocie odwołanie sprowadza się w tym zakresie na przywołaniu i omówieniu przepisu oraz nadinterpretacji treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Brzmienie spornej gwarancji:

Warszawa, 30.01.2020
(miejsce i data udzielenia gwarancji)

Beneficjent: Uniwersytet Medyczny w Łodzi

Adres siedziby: 90-419 Łódź, ul. Al. Kościuszki 4

GWARANCJA ZAPŁATY WADIUM NR PL17-GU-0000113-W/11
Zostaliśmy poinformowani przez naszego Klienta:

Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D. Ś. z siedzibą w Częstochowa, pod adresem:
42200 Częstochowa ul. al. Bohaterów Monte Cassino 40, NIP: 9491462825, REGON:
240946636, zwanego dalej: „Zobowiązany”, występującego w konsorcjum:

1) Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D. Ś. z siedzibą w Częstochowie, pod adresem:
42-200 Częstochowa, Al. Bohaterów Monte Cassino 40, NIP: 9491462825, REGON:
240946636 - Lider Konsorcjum

2) Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOPOL” Sp. z o.o., ul. Starowiejska 5, 42-244 Jaskrów,
NIP: 9492213521, REGON: 366493401 - Partner konsorcjum,

że w związku z ogłoszonym przez Państwa przetargiem nr ZP/114/2019 na realizację zlecenia Zmiana przeznaczenia pomieszczeń w budynku A2 dla potrzeb jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - w tym adaptacja pomieszczeń dla Centrum Big Data w ramach projektu „Braln - Badania Rozwój Innowacje w łódzkim kampusie biomedycyny i farmacji, w którym wysokość wadium wynosi 100.000,00 zł (słownie: sto 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. P. - Underwriter Gwarancji Ubezpieczeniowych - Pełnomocnik

działając na zlecenie Zobowiązanego, gwarantuje niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo, dokonanie na Państwa rzecz płatności kwoty: 100.000,00 zł (słownie: sto 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.

2.

Wartość gwarancji ulega zmniejszeniu o każdą kwotę zapłaconą z tytułu niniejszej gwarancji.

3.

Niniejsza gwarancja jest ważna od 03.02.2020 r. do 02.04.2020 r.

4.

4.1. Wezwanie do zapłaty, wraz ze wskazaniem numeru rachunku bankowego, na który ma być skierowana zapłata powinno być podpisane przez osoby właściwie umocowane w imieniu Beneficjenta, pod rygorem odmowy zapłaty gwarantowanych należności. Wezwanie do zapłaty oraz oświadczenie muszą być nam przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek Beneficjenta. W celu identyfikacji Bank potwierdzi, że podpisy złożone na wezwaniu do zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta.

4.2. Beneficjent zobowiązany jest zgłosić w terminie ważności gwarancji kompletne, to jest zgodne z ust. 4.1., żądanie zapłaty, pod rygorem odmowy wypłaty świadczenia z gwarancji.

5.

BALCIA wypłaci należną kwotę wynikającą z udzielonej gwarancji w ciągu 14 dni od daty skutecznego doręczenia wezwania do zapłaty na adres siedziby BALCIA.

6.

Niniejsza gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku, gdy:

6.1. upłynął termin związania ofertą,

6.2. Zobowiązany wycofał ofertę przed upływem terminu przewidzianego na składanie ofert,

7.

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

8. Wierzytelność z tytułu niniejszej gwarancji może być przedmiotem przelewu na rzecz osoby trzeciej wyłącznie za pisemną zgodą BALCIA.

9.

9.1 W sprawach nieuregulowanych w treści gwarancji oraz do rozstrzygania sporów powstałych w związku z gwarancją stosuje się przepisy prawa polskiego.

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

10.

Gwarancja została sporządzona w formie elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do reprezentowania Gwaranta.

Z powyższej treści gwarancji wynika zatem, z jednej strony, że jest ona nieodwołalna, bezwarunkowa, a wypłata środków pieniężnych przez ubezpieczyciela jako gwaranta nastąpi na pierwsze żądanie Zamawiającego jako beneficjenta, jeżeli wskazane na jej wstępie Konsorcjum złoży ofertę w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie wystąpi którakolwiek z przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych w brzmieniu aktualnym na dzień udzielenia gwarancji.

Jednocześnie jednak w treści powyższej gwarancji data upływu terminu związania Konsorcjum złożoną ofertą została zakreślona równocześnie jako termin nie tylko ważności zobowiązań gwaranta z niej wynikających, ale i na zgłoszenie roszczeń przez beneficjenta. Wynika to wprost z odczytywanych łącznie przywołanych powyżej postanowień zamieszczonych w pkt 3., 7. i 4.1. Takie rozumienie nie budziło również wątpliwości ani Zamawiającego (który wskazał wprost w odpowiedzi na odwołanie: „Żądanie zapłaty gwarancji musi być tym samym zgłoszone w terminie ważności gwarancji, co zostało również wprost wskazane w ust. 4.2 gwarancji wadialnej”), ani Przystępującego (który w piśmie procesowym uznał przytoczone powyżej klauzule za równoznaczne ze stwierdzeniem, że wszystkie roszczenia z gwarancji gwarant powinien otrzymać w okresie jej ważności).

Innymi słowy (a co umknęło Zamawiającemu i Przystępującemu), jeżeli zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęłoby do gwaranta po konkretnie wskazanej dacie 3 kwietnia 2020 r., Zamawiający nie uzyskałby z niej zaspokojenia swoich roszczeń, choćby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się jeszcze w okresie ważności gwarancji. Tymczasem nie tylko hipotetycznie zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium może

również wystąpić w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku, zwłaszcza biorąc pod uwagę formalności, które musi dopełnić Zamawiający (patrz pkt 4.1. powyżej), oczywiste jest, że nie zawsze byłoby możliwe zgłoszenie żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc. Natomiast w tym przypadku gwarant zastrzegł jedynie na swoją korzyść 14-dniowy termin na wypłatę gwarantowanej sumy od chwili skutecznego, czyli m.in. złożonego przed upływem terminu związania ofertą, zgłoszenia żądania zapłaty.

Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący wadium wniesionego przez Konsorcjum jest zasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Po pierwsze, wskazać należy, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, gdyż wtedy może spełnić ono swoją funkcję zabezpieczającą. Art. 45 ust. 6 ustawy pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w takim samym stopniu zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Aby tak się stało, nie może być jakichkolwiek wątpliwości co do tego, po pierwsze - w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada, po drugie - w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie tych okoliczności, aby faktycznie było możliwe zaspokojenie roszczeń zamawiającego jako beneficjenta przez cały okres ważności wadium.

Następnie dostrzec należy, że zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny, tj. niezależny od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji, oraz samodzielny (nieakcesoryjny) tzn. jego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Dlatego istnienie i zakres tego samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji. W odniesieniu do gwarancji bankowej, jej abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.). Analogiczne cechy należy przypisać gwarancji ubezpieczeniowej, która swoim charakterem jest bardzo zbliżona do gwarancji bankowej. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, która jest wyznaczona samą treścią gwarancji. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu oraz w przypadku zgłoszenia roszczenia w określonym w niej terminie. Wobec powyższego stwierdzić należy, że prawidłowe wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wymaga prawidłowego określenia w treści tej gwarancji tych wszystkich elementów, które determinują skuteczność ewentualnych roszczeń zamawiającego.

Wreszcie podkreślenia wymaga, że wadium musi być prawidłowo wniesione do upływu terminu składania ofert, a późniejsze zmiany gwarancji wadialnej czy dodatkowe oświadczenia gwaranta, niemające oparcia w treści pierwotnie sporządzonego dokumentu, nie mogą sanować błędów, które mogą mieć wpływ na skuteczność roszczeń zamawiającego, przesądzając tym samym o skutecznym wniesieniu wadium. Wynika to z następujących okoliczności: po pierwsze - oferta od początku i nieprzerwanie musi być zabezpieczona wadium, po drugie - to na podstawie dokumentu załączonego do oferty zamawiający dokonuje oceny prawidłowości wadium i podejmuje decyzję w przedmiocie ewentualnego odrzucenia oferty, po trzecie - dopuszczenie naprawiania wad gwarancji wadialnej po terminie składania ofert stałoby w sprzeczności z jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. z zasadą równego traktowania wykonawców oraz art. 45 ust. 3 pzp, który wprost stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że od strony określenia zakresu podmiotowego i przedmiotowego przytoczona powyżej treść gwarancji nie budzi żadnych zastrzeżeń. Co do zakresu podmiotowego wprost z niej wynika bowiem, że zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego udzielane jest w związku ze złożeniem

w prowadzonym przez niego konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty przez Konsorcjum. W tym aspekcie zarzut odwołania oderwany jest zupełnie od rzeczywistych okoliczności faktycznych, które w oczywisty sposób wypacza, aby wpasować je pod przywołane orzecznictwo, które - jak trafnie zidentyfikowali Zamawiający i Przystępujący - jest nieadekwatne dla okoliczności tej sprawy.

Odnosnie zakresu przedmiotowego za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie (liczne wyroki wskazano w odpowiedzi na odwołanie i piśmie przystępującego) należy uznać stanowisko, że treść gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać sformułowania warunków uprawniających zamawiających do żądania wypłaty od jej wystawcy w sposób będący dosłownym powtórzeniem brzmienia przepisów art. 46 ust. 4 a i ust. 5 pzp. Jest tak w szczególności gdy postanowienia s.i.w.z. nie zawierają takiego nakazu, czy też blankietowo odsyłają do przepisów ustawy pzp, nie formułując zalecanego brzmienia opisu tych warunków, pozostawiając w tym zakresie pewną swobodę wykonawcom.

Natomiast wadliwość gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Konsorcjum polega na ewidentnym ograniczeniu w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu ważności gwarancji wadialnej. O ile gwarant zastrzegł na swoją rzecz 14-dniowy termin na wypłatę od chwili zgłoszenia żądania zapłaty, o tyle nie przewidział analogicznego terminu dla zgłoszenia takiego żądania od chwili wystąpienia zdarzenia będącego podstawą zatrzymania wadium.

Choć Zamawiający i Przystępujący nie przedstawili w tym zakresie żadnej kontrargumentacji, gdyż w ogóle nie dostrzegli problemu w utożsamieniu terminu zgłoszenia roszczenia z terminem ważności gwarancji, dodać należy, że w analogicznym stanie faktycznym Izba w wyroku z 22 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 642/20 trafnie stwierdziła, co następuje. 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 wyklądać 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.

W dalszym planie należy mieć na uwadze, że jak orzekła Izba w wyroku z 27 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1988/13 (potwierdzając stanowisko uprzednio wyrażone w wyroku z 26 sierpnia 2013 r. sygn. akt 1926/13), aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta w terminie ważności gwarancji do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy pzp. Termin ważności gwarancji powinien obejmować termin związania ofertą - wniosek z art. 85 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy. Ponadto dokument nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, niepozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Tylko taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium.

W przypadku, gdy gwarancja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiada powyższym warunkom, powstałe wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 K.c.). I tak, jeżeli z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimkolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjmując należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą.

W ocenie Izby zawarcie w treści gwarancji klauzuli o wygaśnięciu gwarancji w przypadku unieważnienia postępowania jest odstępstwem w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawęży zakres odpowiedzialności gwaranta - eliminuje możliwość zaspokojenia się przez zamawiającego z tego typu gwarancji w określonych okolicznościach,

które mogą zaistnieć w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnotować jeszcze można, że nic nie wносиło do sprawy w powyższym zakresie złożone przez Przystępującego oświadczenie gwaranta, które w ogóle nie odnosi się do tego aspektu zarzutu odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. i 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając po równo Odwołującego i Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty Stron w postaci wynagrodzenia pełnomocnika. Ponieważ te ostatnie zostały zgłoszone w tej samej wysokości, celowe było ich wzajemne zniesienie. Skoro spośród dwóch zasadniczych zarzutów odwołania potwierdził się tylko jeden, można przyjąć, że każda strona wygrała i przegrała spór w połowie.