

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Piotr Kozłowski
Anna Packo

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2016 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - ERBUD S.A, STRABAG Sp. z o.o., STRABAG AG, Ed. Zueblin AG, Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

A. Konsorcjum - Astaldi S.p.A, NBI S.p.A, z siedzibą w Rzymie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. Konsorcjum - IDS-BUD S.A, Korporacja "ALTIS-HOLDING" z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ERBUD S.A, STRABAG Sp. z o.o., STRABAG AG, Ed. Zueblin AG, Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - ERBUD S.A, STRABAG Sp. z o.o., STRABAG AG, oraz Ed. Zueblin AG, Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....
.....
.....

2

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum – Lider - ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Partnerzy - STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG oraz Ed Zueblin AG [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164] [Ustawa lub ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Budowa Szpitala Południowego”. Odwołujący skierował zarzuty wobec oferty wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum IDS-BUD S.A. i Korporacja „ALTIS HOLDING” [Konsorcjum IDS-BUD]

wskazując na zaniechanie:

1. wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na:

- (1) niewniesienie w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 Pzp, prawidłowego wadium, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP;
 - (2) przez członka tego Konsorcjum - Korporację „ALTIS HOLDING” z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społecznego, co narusza art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp i zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie;
 - (3) złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp;
2. odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;
3. poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Konsorcjum IDS-BUD z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, co narusza art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP;
4. przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do oferty Konsorcjum IDS-BUD;
5. odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;
6. wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazał ponadto na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na jego zdaniem prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w rezultacie uchybień wskazanych w odwołaniu. Odwołujący podał, że informację o zaskarżonych w niniejszym odwołaniu

3

czynnościach i zaniechanych przez Zamawiającego czynnościach powziął w dniu 20 lipca oraz w dniu 26 lipca 2016 r. (powzięcie wiedzy przez Odwołującego o zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z powodu nie wniesienia prawidłowego wadium). W związku z tym niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie. Mając na uwadze powyższe, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum IDS- BUD;
 - 2) wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- a w przypadku gdyby wskazane Konsorcjum nie zostało wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego oferta nie została odrzucona zgodnie z pkt 2
- 3) dokonania poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych zawartych w ofercie Konsorcjum IDS-BUD;
 - 4) przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP w odniesieniu do oferty Konsorcjum IDS-BUD ;
 - 5) odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD w przypadku stwierdzenia w toku postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego zgodnie z pkt 4 powyżej, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 6) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
 - 7) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazał, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa. Jako zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia publicznego złożył ofertę, której treść spełnia wymagania i która to oferta uwzględniona i oceniona podczas czynności badania ofert, nie została jednak wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem Zamawiający jako najkorzystniejszą uznał ofertę Konsorcjum: IDS-BUD S.A. oraz Korporacji „ALTIS HOLDING” [Konsorcjum IDS - BUD]. Zamawiający zaniechał w odniesieniu do tego Konsorcjum wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia (i w konsekwencji odrzucenia oferty tego Konsorcjum), a także zaniechał dokonania czynności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych zawartych w ofercie wskazanego Konsorcjum i zweryfikowania na okoliczność możliwości zastosowania ceny rażąco niskiej, a w konsekwencji zaniechał też odrzucenia oferty wymienionego Konsorcjum, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rezultacie dokonania przez Zamawiającego wskazanych czynności, jako najkorzystniejsza uznana byłaby oferta Odwołującego. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania

przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp
W uzasadnieniu zarzutów podał, co następuje:
Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2016 r. poinformował o wyborze, jako
najkorzystniejszej oferty Konsorcjum IDS-BUD, natomiast kolejnym pismem z dnia 20 lipca

4

2016 r. wezwał to Konsorcjum w trybie art. 46 ust. 3 Pzp do wniesienia wadium, z terminem
ważności do dnia 13 sierpnia 2016 r., tj. do upływu okresu związania ofertą, wyznaczając
Konsorcjum IDS-BUD termin na złożenie wskazanego wadium do dnia 25 lipca 2016 r. W
okolicznościach faktycznych sprawy rozstrzygnięcie przetargu jest niezgodne z przepisami
prawa z następujących powodów:

A. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS- BUD z postępowania z uwagi na nie
wniesienie w terminie prawidłowego wadium

Zarzut ten związany jest bezpośrednio z Gwarancją Ubezpieczeniową ZAPŁATY WADIUM
Nr 48/UL2016/32 z dnia 20 lipca 2016 r. wystawioną przez AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i
Reasekuracji S.A. (dalej zwana także „Gwarancją”), a przedłożoną przez Konsorcjum IDS-
BUD. Uzasadniając ten zarzut wskazał na następujące okoliczności:

I. Termin składania ofert w postępowaniu przetargowym w niniejszej sprawie upływał w dniu
12 maja 2016 r. Zgodnie z art. 85 ust. 5 Pzp i Rozdziałem XIV pkt 2 SIWZ, wskazany dzień
był pierwszym dniem terminu związania ofertą. Konsorcjum IDS-BUD odwołanie w sprawie
KIO 899/16 wniosło dnia 25 maja 2016 r., zaś wyrok KIO we wskazanej sprawie został
ogłoszony w dniu 01 lipca 2016 r. To oznacza, że zgodnie z art. 182 ust. 6 Pzp, w niniejszej
sprawie bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu w okresie od dnia 25 maja 2016 r.
do 01 lipca 2016 r. Ponownie bieg terminu związania ofertą rozpoczął się zatem od dnia 02
lipca 2016 r. W konsekwencji 60-dniowy termin związania ofertą, wskazany w Rozdziale XIV
pkt 1 SIWZ upływa w odniesieniu do oferty Konsorcjum IDS-BUD w dniu 17 sierpnia 2016 r.
Gwarancja Ubezpieczeniowa Zapłaty Wadium przedłożona przez Konsorcjum IDS - BUD na
wezwanie Zamawiającego, zgodnie z jej pkt 5, wchodzi w życie dnia 20 lipca 2016 r., a
obowiązuje do dnia 15 sierpnia 2016 r., to zaś oznacza, że Gwarancja udzielona jest na
okres krótszy niż okres związania ofertą. W konsekwencji Gwarancja nie stanowi
ustawowego zabezpieczenia interesu Zamawiającego w zakresie - wymaganym przez
przepisy PZP. W pełni uzasadniona jest zatem konkluzja, że Konsorcjum IDS-BUD nie
złożyło prawidłowo wadium w niniejszej sprawie, a zatem powinno zostać wykluczone z
postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 85 ust. 4 w zw. z art. 24 ust.
2 pkt 2 PZP termin ważności gwarancji powinien obejmować termin związania ofertą, co
znalazło również potwierdzenie w orzecznictwie KIO - wadium powinno zabezpieczać ofertę
przez cały okres związania ofertą, w tym także w czasie zawieszenia biegu terminu
związania ofertą. Brak zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty w postaci wadium, poza
przypadkami wynikającymi z ustawy Pzp w konsekwencji skutkuje wykluczeniem wykonawcy
z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 r.,
KIO 604/15).

II. Zgodnie z pkt 5 Gwarancji, wchodzi ona w życie dnia 20 lipca 2016 r., a obowiązuje do
dnia 15 sierpnia 2016 r. i tylko żądanie zapłaty, opisane w pkt 4 Gwarancji, doręczone

5

Gwarantowi w tym okresie, może rodzić obowiązek Gwaranta do zapłaty z Gwarancji.
Powyższe oznacza, że wskazana Gwarancja obowiązuje do dnia 15 sierpnia 2016 r., który
jest dniem wolnym od pracy zgodnie z ustawą z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych
od pracy. Wskazany dzień poprzedzony jest innym dniem ustawowo wolnym od pracy -
dzień 14 sierpnia 2016 r. to niedziela. Dzień 13 sierpnia 2016 r. to natomiast sobota, która
dla Gwaranta także nie jest dniem roboczym. Jako że warunkiem dokonania przez Gwaranta
zapłaty z Gwarancji jest doręczenie Gwarantowi żądania zapłaty opisanego w pkt 4
Gwarancji we wskazanym okresie, powyższe oznacza faktyczne skrócenie okresu, w którym
możliwe jest zrealizowanie wskazanej Gwarancji. Ostatnim dniem, w którym faktycznie
można doręczyć Gwarantowi żądanie zapłaty z Gwarancji, jest bowiem w tych
okolicznościach dzień 12 sierpnia 2016 r. (piątek będący dniem pracy). Podkreślić przy tym
należy, że dla skutecznego doręczenia żądania zapłaty z wymienionej Gwarancji konieczne
jest faktyczne doręczenie Gwarantowi tego żądania zapłaty, a nie wystarczy np. jedynie
wystanie tego żądania zapłaty przesyłką pocztową poleconą we wskazanym terminie. Do

złożenia Gwarantowi żądania zapłaty z Gwarancji nie mają bowiem zastosowania przepisy Kodeksu Postępowania Cywilnego regulujące zasady zachowania terminów sądowych i wysyłania pism procesowych, ale przepisy Kodeksu Cywilnego dotyczące skuteczności składania oświadczeń woli (zgodnie z art. 14 PZP). Powyższe oznacza, że żądanie Beneficjenta (Zamawiającego) zapłaty z Gwarancji, jako oświadczenie woli Beneficjenta, uznane będzie za złożone Gwarantowi z chwiłą, gdy doszło do Gwaranta w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią (zgodnie z art. 61 § 1 KC). Powyższe oznacza, że dla skutecznego złożenia żądania zapłaty z Gwarancji konieczne jest rzeczywiste doręczenie Gwarantowi wskazanego żądania zapłaty z Gwarancji. Konsorcjum IDS-BUD przedłożyło Gwarancje Ubezpieczeniową Zapłaty Wadium, która nie zabezpiecza Zamawiającego przez cały okres związania Konsorcjum IDS-BUD złożoną ofertą (Zamawiający może złożyć Gwarantowi żądanie zapłaty z Gwarancji realnie jedynie do dnia 12 sierpnia 2016 r.). Tymczasem cel i istota wadium polegają właśnie na tym, aby stanowiło ono realne, a nie hipotetyczne zabezpieczenie interesu Zamawiającego w określonych sytuacjach przez wymagany na gruncie przepisów okres czasu, w tym w szczególności do czasu upływu terminu związania ofertą.

III. Podstawową formą wadium jest forma pieniężna, która zabezpiecza interes Zamawiającego w sposób możliwie najszerzy i najpełniejszy, albowiem polega na przekazaniu na rachunek bankowy Zamawiającego określonej kwoty pieniężnej. Wadium wnoszone w innej formie (np. w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium) powinno zatem zabezpieczać interes Zamawiającego w sposób możliwie zbliżony do wadium wnoszonego w pieniądzu. W konsekwencji, w sytuacji gdy wadium wnoszone jest w formie gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancja ta nie powinna zawierać żadnych postanowień

6

ograniczających jej skuteczność jako zabezpieczenia zapłaty wadium czy też utrudniających Zamawiającemu uzyskanie kwoty wadium. Odnosząc powyższe do Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium z dnia 20 lipca 2016 r., przedłożonej przez Konsorcjum IDS-BUD wskazać należy, że Gwarancja ta zawiera postanowienia, które w ostatecznym rozrachunku osłabiają zabezpieczenie interesu Zamawiającego jako jej Beneficjenta. Wskazane zastrzeżenia dotyczą w szczególności:

- wymogu zawarcia w żądaniu zapłaty numeru rachunku bankowego, na który ma być dokonana wypłata z Gwarancji - Gwarant zgodnie z pkt 4 Gwarancji wskazuje, że podanie w żądaniu zapłaty numeru rachunku bankowego, na który ma być dokonana wypłata z Gwarancji, jest jednym z wymogów formalnych wystosowania skutecznego żądania zapłaty z Gwarancji. Dodatkowo w pkt 5 Gwarancji Gwarant wskazuje, że tylko żądanie opisane w pkt 4 Gwarancji, (czyli zawierające także ww. numer rachunku bankowego) może rodzić obowiązek zapłaty z Gwarancji. Taki sposób sformułowania treści Gwarancji w istocie warunkuje skuteczność złożenia żądania zapłaty z Gwarancji od podania w tym żądaniu numeru wskazanego rachunku bankowego. Warunkowanie skuteczności żądania zapłaty z Gwarancji od podania w żądaniu zapłaty wskazanego numeru rachunku bankowego nie jest przewidziane ani w PZP. ani też nie jest uzasadnione okolicznościami sprawy. Rola złożenia żądania zapłaty z Gwarancji jest dokonanie przez Zamawiającego czynności polegającej na postawieniu w stan wymagalności określonej wierzytelności przysługującej Zamawiającemu względem Gwaranta. Wymaganie przy tym wskazania numeru rachunku bankowego stanowi zatem niedopuszczalne na gruncie PZP utrudnienie w korzystaniu przez Zamawiającego z Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium. Tym bardziej, że nie ma żadnych racjonalnych przesłanek przemawiających przeciwko temu, aby Zamawiający uprawniony był do wskazania numeru rachunku bankowego po złożeniu skutecznego żądania zapłaty;

- zastrzeżenia przez Gwaranta terminu 14 dni na zapłatę kwoty objętej Gwarancją - PZP nie ustala Gwarantowi minimalnego terminu na zapłatę kwoty objętej Gwarancją. To oznacza, że żądanie zapłaty powinno być zrealizowane niezwłocznie, co jest tym bardziej uzasadnione w przypadku gwarancji wadialnej, która przecież ma zastępować wadium wnoszone w formie pieniężnej będące w dyspozycji Zamawiającego. Taki wniosek jest ponadto uzasadniony tym, że Gwarancja ma być bezwarunkowa, abstrakcyjna i płatna na pierwsze żądanie, a zatem weryfikacja przez Gwaranta żądania zapłaty w żaden sposób nie uzasadnia zastrzeżenia przez Gwaranta na jego rzecz 14-dniowego terminu na wykonanie żądania zapłaty. Takie zastrzeżenie jest w istocie niedopuszczalnym na gruncie PZP utrudnieniem w wykorzystaniu Gwarancji. Podkreślenia wymaga także i to, że zgodnie z zasadami prawa cywilnego, iż czynnością jednostronną wyłącznie Zamawiający, jako uprawniony Beneficjent,

może ustalać terminy płatności dłuższe niż niezwłocznie, natomiast takie uprawnienie nie przysługuje Gwarantowi jako zobowiązanemu (dłużnikowi);

7

- ustanowienia w pkt 7 Gwarancji zakazu przeniesienia wierzytelności z Gwarancji bez uprzedniej pisemnej zgody Gwaranta - Wskazany zapis ogranicza uprawnienia Zamawiającego (Beneficjenta) jako wierzyciela z Gwarancji w odniesieniu do uprawnień ustawowych. Podkreślić w tym miejscu należy, że na gruncie Kodeksu Cywilnego (zgodnie z art. 509 § 1 KC) zasadą jest, że zmiana wierzyciela nie wymaga dla swej skuteczności zgody dłużnika. Wskazany zapis Gwarancji ogranicza zatem uprawnienia Zamawiającego jako wierzyciela do swobodnego dysponowania jego wierzytelnością wynikającą z Gwarancji;

- zastrzeżenia w pkt 8 Gwarancji właściwości sądu miejscowo właściwego dla siedziby Gwaranta do rozstrzygania sporów wynikających z Gwarancji - Taki zapis w praktyce wyłącza przepisy Kodeksu Postępowania Cywilnego regulujące kwestię właściwości sądu i oznacza narzucenie Zamawiającemu sądu właściwego według siedziby Gwaranta. W przypadku zmiany siedziby Gwaranta skutkować to może dla Zamawiającego utrudnieniami polegającymi na konieczności kierowania ewentualnych sporów i stawiennictwa do sądów, w których stawiennictwo będzie utrudnione, a koszty prowadzenia postępowania sądowego będą wyższe. Taka regulacja stanowi niedopuszczalne na gruncie PZP pogorszenie sytuacji Zamawiającego. Dokument Gwarancji nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony możliwość jej pociągnięcia. Tylko tak gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium.

IV. Przedstawione zarzuty dotyczące Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium z dnia 20 lipca 2016 r. prowadzą do jednoznacznego wniosku, że Gwarancja ta nie odpowiada wymogom wynikającym z PZP; Przedłożona Gwarancja nie zapewnia Zamawiającemu zabezpieczenia na poziomie wynikającym z przepisów PZP, albowiem m.in. obowiązuje w okresie krótszym niż termin związania ofertą, możliwość skutecznego złożenia na jej gruncie żądania zapłaty jest ograniczona czasowo w stosunku do jej obowiązywania, a ponadto zawiera postanowienia utrudniające realizację żądania zapłaty stanowiący w istocie warunki jej wypłaty. W konsekwencji Konsorcjum IDS-BUD powinno zostać wykluczone, a jego oferta odrzucona.

B. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS- BUD z postępowania z uwagi na zaleganie przez członka tego Konsorcjum z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne, oraz z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Uzasadniając powyższe zarzuty wskazał, że Korporacja „ALTIS HOLDING” zgodnie z pozyskanymi przez Odwołującego informacjami jest podmiotem, który zalega z należnościami skarbowymi (w tym m.in. podatkowymi). W odniesieniu do wskazanego podmiotu, według wiedzy posiadanej przez Odwołującego, stwierdzone są zaległości skarbowe uzasadniające możliwość zajęcia majątku tego podmiotu. Istnienie wskazanych

8

powyżej zaległości skarbowych, zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie do niniejszego postępowania, stanowi bezwzględną podstawę do wykluczenia z postępowania wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Taki sam charakter ma ewentualne niepoinformowanie o wskazanej okoliczności Zamawiającego. Utrzymywanie (...) Zamawiającego w przeświadczeniu o braku takich zaległości ocenić należy, jako złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego. Powyższy wniosek jest tym bardziej uzasadniony, że zgodnie z Rozdziałem XVI SIWZ, to na Wykonawcy ciążył obowiązek aktualizacji złożonych dokumentów, albowiem zgodnie z SIWZ „W przypadku, gdy treść dokumentów złożonych przez Wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu uległa zmianie w stosunku do stanu obecnie obowiązującego, Wykonawca zobowiązany jest do załączenia do oferty aktualnego dokumentu”.

C. Zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Konsorcjum IDS-BUD

Postawienie Zamawiającemu zarzutu zaniechania czynności związane jest bezpośrednio ze złożonymi przez Konsorcjum IDS-BUD wraz z ofertą kosztorysami ofertowymi, wyrokiem

Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) z dnia 1 lipca 2016 r. wydanymi w sprawie prowadzonej w odniesieniu do odwołań rozpoznawanych pod sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16, a także stanowiskiem przedstawionym przez Konsorcjum IDS-BUD w toku wskazanego postępowania odwoławczego prowadzonego przed KIO, które zostało zaaprobowane przez KIO. Uzasadniając ten zarzut wskazał na następujące okoliczności” I. Znaczenie kosztorysów w konkretnym postępowaniu przetargowym wynika z roli, jaką nadał tym kosztorysom sam zamawiający, jako podmiot organizujący i prowadzący postępowanie przetargowe. W niniejszym postępowaniu, zgodnie z pkt 3 rozdziału XXII SIWZ, kosztorysy opracowane przez wykonawcę stanowić miały podstawę obliczenia ceny za roboty budowlane. W pkt 5 rozdziału XXII SIWZ wskazane zostało natomiast, że kalkulacja ceny za roboty budowlane zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metoda szczegółowa, w oparciu o dokumentację projektową i STWiOR. W odpowiedzi nr 10 na pytania wykonawców Zamawiający wskazał zaś jednoznacznie, że „Kosztorysy ofertowe, które będą załączone do oferty, służą jedynie do wyliczenia wartości robót budowlanych wycenionych na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej i STWiOR. Wobec powyższego Zamawiający nie wyraża zgody na odstąpienie z konieczności składania przez Wykonawcę kosztorysów ofertowych wraz z oferta”. Powołane postanowienia SIWZ i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego prowadzą do jednoznacznego wniosku, że w niniejszej sprawie szczegółowe kosztorysy ofertowe mają istotne znaczenie przy ustaleniu wartości oferty danego wykonawcy, albowiem stanowią podstawę obliczenia ceny tej oferty. Tak istotne znaczenie dla

9

kosztorysów nadał sam Zamawiający m.in. w treści postanowień SIWZ. Logiczną i naturalną konsekwencją jest zatem, że kosztorysy ofertowe podlegać powinny weryfikacji celem sprawdzenia prawidłowości obliczenia ceny oferty, która zgodnie z SIWZ „winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą szczegółową”. Fakt stwierdzenia przez Zamawiającego, iż wynagrodzenie mieć będzie charakter ryczałtowy, nie zwalnia z obowiązku rzetelnego zweryfikowania poprawności kalkulacji ceny oferty. W niniejszej sprawie jest to tym bardziej istotne, że oferowana cena ma wynikać właśnie z kosztorysów szczegółowych stanowiących podstawę jej ustalenia i musi obejmować pełny zakres zamówienia wymagany przez Zamawiającego do realizacji zgodnie z treścią SIWZ. STWiOR i pozostała dokumentacja (w tym m.in. przedmiarami). Wskazał na orzecznictwo KIO, podnosząc, że „Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób. Kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też rozproszeniu ewentualnych wątpliwości, które zrodziłyby się w toku badania i oceny ofert oraz umożliwia poprawienie oferty zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, który żąda kosztorysu, w toku badania i oceny ofert, odnosi się do jego treści bez konieczności zawierania odrębnej deklaracji w postanowieniach specyfikacji. ”. Zdaniem wykonawcy przykładowe orzecznictwo potwierdza, że nawet stwierdzenie przez Zamawiającego, iż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy nie sprawia, że informacje zawarte w kosztorysie załączonym do oferty nie mają jakiegokolwiek znaczenia. Co więcej, wskazane powyżej postanowienia SIWZ (w rozdziale XXII SIWZ) nie tylko dają Zamawiającemu wystarczającą podstawę do szczegółowego badania złożonych kosztorysów (w tym w zakresie prawidłowości obliczenia ceny ofertowej), ale też nakładają w tej kwestii na Zamawiającego jasny i jednoznaczny obowiązek. Podkreślił, że w przedmiotowej sprawie kosztorysy ofertowe na potrzeby kalkulacji ceny oferowanej przez wykonawcę mają kluczowe znaczenie.

II. W toku rozprawy prowadzonej przed KIO w sprawie dot. sygn. KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16 Konsorcjum IDS-BUD przedstawiło stanowisko, jakoby sporny kosztorys ofertowy na roboty budowlane - branża architektoniczna, obejmował ceny jednostkowe zawierające podatek VAT (tj. podatek VAT stanowił część narzutu). W konsekwencji zaś tego, że poszczególne ceny jednostkowe tego kosztorysu zawierały już kwoty brutto, w ocenie Konsorcjum IDS-BUD brak jest podstaw do dodawania do sumy kosztorysowej podatku VAT. Jest to znamienne, albowiem działanie Konsorcjum IDS-BUD w odniesieniu do innych kosztorysów jest sprzeczne ze wskazanym stanowiskiem tego Konsorcjum prezentowanym w wymienionej sprawie. Wymienione Konsorcjum, nawet wskazując, że

konkretne kosztorysy sporządzane są w cenach jednostkowych brutto, dolicza bowiem podatek VAT do ceny całkowitej wynikającej z danego kosztorysu. Tymczasem treść kosztorysów ofertowych przedłożonych przez Konsorcjum IDS-BUD nie daje podstaw do takich rozróżnień. Dlatego też w sytuacji, jeżeli Konsorcjum IDS-BUD uważa, że kosztorys ofertowy na roboty budowlane - branża architektoniczna posługuje się już na etapie wskazywania cen jednostkowych kwotami brutto, to w takiej sytuacji analogicznie, z zastosowaniem tych samych zasad interpretacyjnych, powinny być też interpretowane pozostałe przedłożone przez Konsorcjum IDS-BUD kosztorysy, w których Konsorcjum zaznacza w opisie, że jest to kosztorys z cenami jednostkowymi brutto (wartościami brutto VAT 23% lub 8%). Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do odmiennego niż sporny kosztorys traktowania innych kosztorysów opisanych w sposób analogiczny jak przedmiotowy kosztorys na roboty budowlane - branża architektoniczna. To zaś oznacza, że w kosztorysach ofertowych innych niż kosztorys ofertowy na roboty budowlane - branża architektoniczna, w których Konsorcjum IDS-BUD zaznacza w opisie, że jest to kosztorys z wartościami brutto i podaje wysokość podatku VAT, do wskazanych cen jednostkowych podatek VAT także nie powinien być doliczany na końcowym etapie sumowania, ale jako ceny brutto powinny być traktowane wskazane ceny jednostkowe. W konsekwencji oznacza to, że w kosztorysach innych niż kosztorys ofertowy na roboty budowlane - branża architektoniczna, w których Konsorcjum IDS-BUD zaznacza w opisie, że jest to kosztorys z wartościami brutto i podaje wysokość podatku VAT, ceny na poziomie cen jednostkowych powinny być uznane za ceny brutto i na ich podstawie powinny być obliczone sumy ostateczne z tych kosztorysów (bez doliczania podatku VAT na etapie sumowania końcowego). Powołując się na stanowisko zaprezentowane przez Konsorcjum IDS-BUD w toku rozpoznawanych odwołań pod sygn. akt KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16 wskazał na kosztorys ofertowy na roboty budowlane - branża konstrukcyjna. Na pierwszej stronie wskazanego kosztorysu jest jednoznacznie wskazane „Roboty budowlane (wartość brutto VAT 23%)”. Wynika z tego jednoznacznie, że kosztorys sporządzony jest w wartościach brutto i zawiera ceny jednostkowe brutto. To zaś oznacza, że w kwocie narzutów w cenach jednostkowych ujęty został podatek VAT. Suma cen poszczególnych pozycji (cen jednostkowych brutto pomnożonych przez ilość jednostek przedmiaru) wynosi natomiast 34.044.881,49 zł. Tymczasem na końcu kosztorysu Konsorcjum IDS - BUD ponownie zwiększyło wartość kosztorysową o podatek VAT w wysokości 23%, co dało końcową kwotę kosztorysu o wartości 41.875.204,43 zł. Oznacza to dwukrotne doliczenie stawki podatku VAT (raz na etapie kalkulowania cen jednostkowych, a drugi raz na etapie obliczenia końcowej ceny kosztorysowej). W powyższych okolicznościach wymieniony kosztorys powinien być ujęty w tabeli formularza oferty w wartości 34.044.881.49 zł, tj. o ponad 7.8 mln złotych niższej niż kwota ujęta przez Konsorcjum IDS-BUD i o wymieniona kwotę powinna

11

być obniżona (skorygowana) cena wynikająca z oferty Konsorcjum IDS-BUD. Zaniechanie we wskazanej kwestii skutkować będzie tym, że w przypadku przyjęcia w ewentualnej umowie z Konsorcjum IDS-BUD, jako ceny brutto wskazanego kosztorysu kwoty 41.875.204.43 zł zamiast kwoty 34.044.881,49 zł. Konsorcjum realnie otrzyma tytułem wynagrodzenia kwotę wyższą o różnicę pomiędzy kwotami 41.875.204.43 zł i 34.044.881.49 zł. Powyższe okoliczności skutkują koniecznością sprostowania omyłek rachunkowych w treści oferty Konsorcjum IDS-BUD zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP, ale jednocześnie (w rezultacie sprostowania wskazanych omyłek rachunkowych) skutkować będą obniżeniem ceny oferowanej przez Konsorcjum. Podsumowując stwierdził, że Konsorcjum IDS-BUD przedłożone przez siebie kosztorysy interpretuje tak, jak w danym momencie i w danej sytuacji jest dla niego wygodne i pozwala próbować wyciągnąć wnioski dla wskazanego Konsorcjum korzystne. W sytuacji, gdy w toku postępowania prowadzonego w sprawie dot. sygn. KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16 wskazano, że w spornym kosztorysie do ceny kosztorysowej doliczony powinien być podatek VAT, Konsorcjum IDS-BUD stwierdziło, że wskazany kosztorys został sporządzony z zastosowaniem cen jednostkowych brutto i nie ma podstaw do doliczania podatku VAT do sumy kosztorysowej i w konsekwencji podwyższania ceny zaproponowanej w ofercie. W takiej sytuacji w identyczny sposób interpretowane powinny być również inne kosztorysy wskazujące na ich sporządzenie z zastosowaniem cen

jednostkowych brutto. Jeżeli, sporządzając kosztorys ofertowy z zastosowaniem cen jednostkowych brutto. Konsorcjum IDS-BUD dokonało doliczenia podatku VAT na etapie obliczania sumy kosztorysowej, niezbędnym jest dokonanie sprostowania wskazanych omyłek rachunkowych.

D. Zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do ceny oferowanej przez Konsorcjum IDS-BUD i zaniechania odrzucenia oferty tego Konsorcjum, jako zawierającej cenę rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W szczególności podał, że Zamawiający określił wartość zamówienia (bez zamówień uzupełniających) na kwotę 255.880.072,07 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający wskazał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 314.732.488,64 złotych brutto. Wartość oferty Konsorcjum IDS-BUD przyjęta (tj. bez sprostowania omyłek rachunkowych wskazanych powyżej w niniejszym uzasadnieniu) daje kwotę 199.593.013,42 zł brutto. Po usunięciu wskazanych omyłek rachunkowych wartość oferty, Konsorcjum IDS-BUD wynosić będzie kwotę, o co najmniej 7,8 mln złotych niższą, tj. kwotę; ok. 190.000.000,00 zł brutto. To w praktyce oznacza różnicę ok. 40% w stosunku do wartości zamówienia przyjętej przez Zamawiającego (314.732.488,64 zł brutto). Tak wysoka różnica sprawie stanowić powinna dla Zamawiającego podstawę do wszczęcia procedury wyjaśniającej wymaganej na gruncie art. 90 ust. 1 Pzp. Wskazana różnica stanowi

12

bowiem o potencjalnym zastosowaniu przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia rażąco niskiej ceny. Po usunięciu wskazanych powyżej omyłek rachunkowych różnica pomiędzy ofertą Konsorcjum IDS-BUD i kolejną ofertą nie podlegającą odrzuceniu (tj. ofertą Odwołującego) wynosić będzie ok. 15.000.000,00 złotych. Co więcej, żadna inna oferta złożona w niniejszej sprawie nie jest nawet niższa niż 200.000.000,00 zł brutto (tj. oferta Konsorcjum INSO - 200.455.579,50 zł brutto, oferta Konsorcjum Astaldi - 211.380.966,14 zł brutto, oferta Odwołującego - 205.950.00 zł brutto). Powyższe dodatkowo prowadzi do wniosku, że Zamawiający zobowiązany jest dokonać w niniejszej sprawie sprawdzenia ceny zaofertowanej przez Konsorcjum IDS- BUD w trybie art. 90 ust. 1 Pzp celem wykluczenia sytuacji, że wskazana cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsekwencją zweryfikowania przez Zamawiającego ceny zaofertowanej przez Konsorcjum IDS-BUD, w przypadku negatywnego dla wskazanego Konsorcjum wyniku tej weryfikacji, powinno być odrzucenie oferty tego Konsorcjum z uwagi na cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Astaldi S.p.A., NBI S.p.A., z siedzibą w Rzymie, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - IDS-BUD S.A., Korporacja "ALTIS-HOLDING" z siedzibą w Warszawie [Konsorcjum IDS-BUD], wnosząc o oddalenie odwołania i podnosząc w szczególności, co następuje:

Przede wszystkim wskazał, powołując się na wyrok KIO z dnia 01 lipca 2016 r. (KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16, że zarzuty podnoszone, wobec oferty Konsorcjum IDS-BUD, co do wadium w zakresie treści gwarancji ubezpieczeniowej oraz zalegania z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne, a także złożenia nieprawdziwych informacji jak również związanych z ceną oferty Konsorcjum, w tym zaniechania: poprawienia omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust.2 pkt 2 Pzp oraz przeprowadzenia na podstawie art. 90 ust.1 Pzp postępowania wyjaśniającego i odrzucenia tej oferty oraz jej wybór zostały wniesione jest po upływie terminu określonego w ustawie, a częściowo dotyczą czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby i Odwołujący w takim zakresie częściowo powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia. Wskazał na art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym

13

odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności

zamawiającego, stanowiącego podstawę jego wniesienia. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej wskazuje, jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania, zakończenie pierwszej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Wszyscy bowiem wykonawcy mają możliwość zapoznania się z wynikami przetargu oraz z załącznikami do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w razie stwierdzenia nieprawidłowości zakwestionowanie czynności Zamawiającego. Już wówczas Odwołujący miał lub powinien mieć wiedzę, iż Zamawiający uznał, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 27 maja 2016r. i podnosił zarzuty dotyczące oferty Przystępującego. Okoliczności będące postawą nowych zarzutów, postawionych w odwołaniu z dnia 20 lipca 2016r., znane były Odwołującemu już na etapie wnoszenia pierwszego odwołania. A mianowicie znana była treść oferty Przystępującego oraz treść załączonej do oferty gwarancji zapłaty wadium. Co do Zarzutu na 2, Przystępujący wskazuje na art. 26 ust. 2a Pzp, który przesądza, iż ocena braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp następuje na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, jeżeli Odwołujący „posiadał wiedzę” (której na marginesie w żaden sposób nie udowodnił ani nawet nie uprawdopodobnił), iż członek Konsorcjum Przystępującego powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp (oraz w związku z tym na postawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp), winien wnieść odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na ocenie wniosku Przystępującego o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czego nie uczynił. Rozpatrywanie wskazanych zarzutów stałoby w rażącej sprzeczności z powszechnie przyjętą na gruncie zamówień publicznych zasadą koncentracji środków ochrony prawnej. Dopuszczenie ich do merytorycznego rozpoznania oznaczałoby w istocie przyzwolenie na prowadzenie kilku tur postępowania odwoławczych w ramach jednego przetargu. Przystępujący wniósł o pozostawienie bez merytorycznego rozpatrywania powyższych zarzutów, w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3) Pzp w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp, art. 189 ust. 2 pkt 5) Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 4) Pzp. W pozostałym zakresie Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności z uwagi na fakt, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w części dotyczącej terminu obowiązywania gwarancji wadium wniesionej przez Przystępującego oparty jest na błędnym założeniu, iż Przystępujący wniósł odwołanie w dniu 25 a nie 27 maja 2016 r. i nie uwzględnił okoliczności, iż Zamawiający, kierując do Przystępującego wezwanie do wniesienia wadium, wskazał termin jego ważności, tj. do dnia 13 sierpnia 2016 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z powodu jego bezzasadności, podnosząc w szczególności:

14

I. Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z uwagi na nie wniesienie w terminie prawidłowego wadium.

Powyższy zarzut sprowadza się do zakwestionowania prawidłowości okresu na jaki została udzielona Gwarancja Ubezpieczeniowa Zapłaty Wadium. Wprawdzie Odwołujący trafnie wywodzi, iż Gwarancja wadium powinna być udzielona na cały okres związania ofertą, to myli się jednak w zakresie ustalenia daty końcowej okresu związania Konsorcjum IDS-BUD złożoną ofertą. Z metodologii określenia tej daty, przedstawionej przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, wynika, że wykonawca przyjął, że bieg terminu związania ofertą dla Konsorcjum IDS-BUD uległ zawieszeniu w okresie od dnia 25 maja 2016 r., która to data wg. Odwołującego jest datą wniesienia odwołania przez Konsorcjum IDS-BUD. Przyjęcie przez Odwołującego powyższej daty, jako daty początkowej okresu zawieszenia biegu terminu związania Konsorcjum IDS-BUD złożoną ofertą jest nieprawidłowe. Z treści uzasadnienia Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2016 r. - sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16 wynika jednoznacznie, iż Konsorcjum IDS-BUD wniosło odwołanie do Prezesa KIO w dniu 27 maja 2016 r., zatem zgodnie z przepisem art. 182 ust.6 ustawy prawo zamówień publicznych (pzp) datą z którą uległ zawieszeniu bieg terminu związania ofertą jest data 27 maja 2016 r. Tak więc od daty złożenia oferty przez Konsorcjum IDS-BUD tj. 12 maja 2016 r., będącej terminem początkowym okresu związania ofertą, do daty 26 maja 2016 r. tj. do kiedy biegł termin związania ofertą, upłynęło 15 dni związania ofertą. Powyższe oznacza, iż z 60 dniowego okresu związania ofertą, po ogłoszeniu wyroku KIO pozostał 45 dniowy okres związania ofertą, który rozpoczął swój bieg w dniu 2 lipca 2016 r. (dnia następnego po ogłoszeniu przez Izbę ww. wyroku) i okres ten zakończy się 15 sierpnia

2016 r. Na taki właśnie okres tj. do dnia 15 sierpnia 2016 r. Konsorcjum IDS-BUD przedłożyło dokument Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium, co oznacza, iż okres obowiązywania gwarancji wadialnej jest tożsamy z okresem związania Konsorcjum IDS-BUD złożoną ofertą i jest prawidłowy. Dalej podał, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium na okres związania ofertą i taki dokument Konsorcjum IDS-BUD złożyło, zaś Odwołujący próbuje sugerować, iż wadium złożone na okres wymagany przepisem art. 85 ust. 4 jest nieprawidłowe. Podkreślił, że żaden przepis ustawy Pzp nie zawiera regulacji nakazującej przedłużać okres związania ofertą/ okres obowiązywania gwarancji wadialnej w sytuacji, gdy ostatni dzień z przedmiotowych okresów upływa w dniu wolnym od pracy. Wskazywane przez Odwołującego trudności Zamawiającego w zakresie doręczenia Gwarantowi wezwania do zapłaty w dniu 14 czy 15 sierpnia, są do przeczywienia. Sobota 14 sierpnia nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy, co oznacza, iż może to być normalny dzień pracy ubezpieczyciela, a Odwołujący nie przedstawił dowodu, iż wystawca gwarancji nie prowadzi działalności w tym dniu. Natomiast odnośnie dnia 15 sierpnia, to zapewne Zamawiający nie

15

będzie wyznaczał tego dnia, jako daty podpisania umowy, więc też ewentualne okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, skutkujące prawem Zamawiającego do skorzystania z gwarancji wadialnej, zapewne w tym dniu nie zaistnieją, a tym samym Zamawiający nie będzie musiał doręczać ubezpieczycielowi/gwarantowi wezwania do zapłaty w tym dniu. Stwierdził także, że czynność ubezpieczeniowa w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w przepisach prawa pozytywnego, jedynie ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nazywa ją czynnością ubezpieczeniową (art. 4 ust. 7 pkt 1). W przeciwieństwie jednak do gwarancji bankowej przepisy prawa nie określają ani treści, ani formy gwarancji ubezpieczeniowej. Zatem jedynym wyznacznikiem prawidłowości treści i formy gwarancji jest to, aby dawała Zamawiającemu pewność, że będzie on mógł zatrzymać wadium (zrealizować gwarancję wadialną) w określonych w przepisach ustawy Pzp okolicznościach. Wskazując na orzecznictwo Kio stwierdził, że (...) gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art 353 (1) k.c). Jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego". Uwzględniając przytoczone argumenty oraz rozstrzygnięcia orzeczeń KIO – zdaniem Zamawiającego - za pozbawiony podstaw prawnych należy uznać zarzut Odwołującego wskazujący, iż wymóg podania w żądaniu zapłaty numeru rachunku bankowego stanowi niedopuszczalne na gruncie Pzp utrudnienie w skorzystaniu przez Zamawiającego z Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, podanie nr rachunku bankowego Zamawiającego, na który ubezpieczyciel przeleje środki nie jest żadnym utrudnieniem, a wręcz przeciwnie służy zapewnieniu skutecznego otrzymania środków finansowych przez Zamawiającego. Odnośnie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia przez Gwaranta zbyt długiego terminu na dokonanie zapłaty kwoty objętej Gwarancją stwierdził, że 14 dniowy termin płatności jest terminem funkcjonującym powszechnie w obrocie, zaś sam fakt jego określenia w gwarancji w ocenie Zamawiającego służy rozwianiu wątpliwości, co do interpretacji pojęcia „niezwłocznie" i w żaden sposób nie może być traktowany, jako kwestionowanie bezwarunkowości wypłaty. Natomiast fakt abstrakcyjności zobowiązania z gwarancji, nie wyłącza prawa gwaranta do potwierdzenia u wykonawcy zaistnienia okoliczności objętych przepisem art. 46 ust.5 Pzp, a to oznacza, że gwarant ma prawo zastrzec sobie pewien rozsądny czas na podjęcie stosownych czynności, poprzedzających wypłatę. Właśnie z powodu abstrakcyjności gwarancji, zastrzeżenie pewnych wymogów formalnych jest uzasadnione, co znalazło potwierdzenie m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 września 2013 r., w którym Sąd stwierdził: „Nie

16

sposób też ich (przypis: wymogów formalnych) uznać za wygórowane, czy nieprzystające do istoty gwarancji, gdy z uwagi na abstrakcyjność stosunku gwarancji, wymogi formalne są jedynymi, które beneficjent musi spełnić." Zarzut dotyczący ustanowienia w pkt. 7 Gwarancji

zakazu przeniesienia wierzytelności z Gwarancji bez uprzedniej zgody Gwaranta oraz zarzut zastrzeżenia własności miejscowej sądu wg siedziby gwaranta w żaden sposób nie ograniczają prawa zamawiającego do zaspokojenia z gwarancji. Zamawiający dochodzi w własnym zakresie własnych wierzytelności i brak przesłanek, aby Zamawiający miał jakkolwiek cel zbywania wierzytelności z tytułu gwarancji, natomiast zarzut dotyczący własności miejscowej sądu skutkującej poniesieniem przez Zamawiającego większych kosztów, w przypadku zmiany siedziby Gwaranta jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, co do ziszczenia się którego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Ponadto w pełni aktualne są powyżej przedstawione argumenty dotyczące braku zakazów w przepisach ustawy pzp stosowania w zapisach gwarancji ubezpieczeniowej, kwestionowanych przez Odwołującego zapisów.

- II. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z uwagi na zaleganie przez członka Konsorcjum - Korporacja Altis Holding z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne, a także z uwagi na złożenie przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Powyższy zarzut nie został udowodniony przez Odwołującego, a opiera się wyłącznie na twierdzeniu Odwołującego o posiadanych informacjach. Brak dowodów, co do zaistnienia wskazywanych przesłanek wykluczenia uniemożliwia Zamawiającemu podjęcie czynności wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z udziału w postępowaniu. Zamawiający, w związku z sugestiami Odwołującego, wystąpił do Konsorcjum IDS-BUD o potwierdzenie aktualności zaświadczeń, złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dotyczących nie zalegania z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne i w dniu 05 sierpnia 2016 r. Konsorcjum IDS-BUD złożyło oświadczenie, w którym potwierdza, że dokumenty dotyczące braku zadłużenia z tytułu spłaty podatków i opłat (obowiązkowych płatności) dotyczące Korporacji Altis Holding, złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, pozostają nadal aktualne, co oznacza, że Korporacja Altis Holding nie zalega z uiszczeniem należności publiczno-prawnych, w tym należnych podatków, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego nie zaszła okoliczność wskazana przez Odwołującego, polegająca na złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, stanowiąca podstawę do wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD.
- III. Zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Konsorcjum IDS-BUD oraz przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, jako zawierającej cenę rażąco niską.

17

W ocenie Zamawiającego obydwa zarzuty nie powinny być rozpatrywane przez Izbę, gdyż okoliczności te były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie prowadzonej pod sygnaturami: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16 rozstrzygniętej wyrokiem z dnia 1 lipca 2016 r. Na stronie 71 uzasadnienia ww. wyroku Izba stwierdziła: „Z uwagi na fakt, że nie potwierdził się zawarty w odwołaniu Konsorcjum E (przypis: Odwołujący) zarzut dotyczący zaniechania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum IDS(...), a następnie na stronie 78 uzasadnienia Izba ponownie stwierdza, że przedmiotowy zarzut nie potwierdził się oraz, że „Konsorcjum IDS w sposób rzetelny i wiarygodny wyjaśniło przyczynę odmiennej konstrukcji kosztorysu obejmującego roboty budowlane (...). Z powyższego wynika jednoznacznie, że zarzuty te zostały oddalone, a zatem stanowią sprawę rozsądną prawomocnie między stronami, gdyż Odwołujący nie wniósł skargi na wyżej wskazany wyrok Izby. Podobnie zarzut zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, jako zawierającej cenę rażąco niską był przedmiotem rozpoznania przez Izbę w ww. postępowaniu. Na stronie 27 uzasadnienia wyroku Izba wskazała, iż odwołanie Konsorcjum Erbud obejmuje przedmiotowy zarzut, zaś w pkt. 3 wyroku odwołanie Konsorcjum Erbud oddaliła. Powyższe oznacza, iż kwestie objęte zarzutem zostały przez Izbę prawomocnie rozstrzygnięte między stronami, gdyż Odwołujący nie wniósł skargi na wyżej wskazany wyrok Izby. Wskazał na orzecznictwo KIO, stwierdzając, że „Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania - po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert - wynajdował coraz to nowe przyczyny służące, jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań.” Jednocześnie

stwierdził, z ostrożności, że nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego, iż zapisy SIWZ i wyjaśnienia Zamawiającego potwierdzają, iż kosztorysy szczegółowe mają istotne znaczenie przy ustalaniu wartości oferty. Zamawiający w odpowiedziach na pytania Wykonawców udzielił wyczerpujących informacji, w których obszernie wyjaśnił cel żądania kosztorysów oraz wyraźnie potwierdził charakter wynagrodzenia za wykonanie zamówienia i sposób rozliczeń. W szczególności w odpowiedzi na pytanie 11 w piśmie z dnia 01.04.2016 r., Zamawiający poinformował, iż w Rozdziale XXII SIWZ wyraźnie określono, iż przedmiot zamówienia jest opisany dokumentacją projektową i STWiOR, a ewentualne przypadki nie uwzględnienia w kosztorysach opracowanych przez Wykonawcę wszystkich robót i innych wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych we wzorze umowy, dokumentacji projektowej i STWiOR, stanowią element ryzyka wykonawcy i nie skutkują zwiększeniem ceny umownej, co wynika z powszechnie przyjętej wykładni, iż kosztorys ofertowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w

18

którym zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe, ma charakter jedynie informacyjny i pomocniczy. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika także, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, takie stanowisko prezentuje Sąd Najwyższy, co znalazło potwierdzenie w wyroku z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), co oznacza, brak podstaw do ingerencji Zamawiającego w wysokość oferowanej w kosztorysach ceny, w tym poprawiania omyłek, jak bezzasadnie sugeruje Odwołujący. Dalej podniósł, że powyższe kwestie, w tym charakter wynagrodzenia przewidzianego za wykonanie przedmiotowego zamówienia zostały rozstrzygnięte przez KIO zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego ww. wyrokiem, w którym Izba na str. 79 uzasadnienia stwierdziła: że (...) kosztorysy ofertowe nie mogły stanowić - zgodnie z intencją Odwołującego - podstawy ustalenia zakresu zobowiązania wykonawcy (...) jak również przedmiotu oceny w kontekście prawidłowości kalkulacji ceny oferty." Odnośnie zarzutu zaniechania badania rażąco niskiej ceny, to wobec braku podstaw do korygowania ceny ofertowej Konsorcjum IDS-BUD, co wykazano powyżej tym samym brak było podstaw do przyjęcia, że cena oferty Konsorcjum winna być zmniejszona do kwoty ok. 190.000 zł. Podkreślił, że nawet po hipotetycznym obniżeniu ceny oferty Konsorcjum IDS-BUD do kwoty 190.000, to cztery oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu zawierają porównywalne ceny, różnice nie przekraczają 30 %, co prowadzi do wniosku, iż ceny oferowane w ofertach nie zawierają cen rażąco niskich. Niezależnie od powyższego, stwierdził, że gdyby nawet uznać, iż Zamawiający zobligowany był do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie znowelizowanego przepisu art. 90 ust. 1 to ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, o której mowa w art. 32 ust. 1 Pzp jest całkowitym szacunkowym wynagrodzeniem wykonawcy ustalonym przez Zamawiającego z należytą starannością przy czym wartość ta nie obejmuje podatku od towarów i usług, w niniejszym postępowaniu wyniosła kwotę 255.880.072,07 zł. Porównując więc nawet cenę w wysokości 190.000 zł, to nie będzie ona niższa o 30% od wartości zamówienia.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie podlegają rozpoznaniu zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS-BUD z powodu zalegania z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne przez Partnera Konsorcjum - Korporację „ALTIS HOLDING” i zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów we wskazanym zakresie oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i tym samym zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, jako oferty złożonej przez wykonawcę

19

podlegającego wykluczeniu. Także nie podlega rozpoznaniu zarzut zaniechania poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Konsorcjum IDS-BUD z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz zarzut zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do oferty tego Konsorcjum i odrzucenia oferty Konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe zarzuty zostały wniesione po terminie określonym art. 182 ust.1 pkt 1 i ust.3 pkt 1 tej ustawy Pzp i z tego względu do tych zarzutów miał odpowiednio zastosowanie art. 189 ust.2 pkt 3 tej ustawy.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że powołane w odwołaniu postanowienie specyfikacji z rozdziału XVI SIWZ, zgodnie z treścią uwagi miało zastosowanie: „W przypadku, gdy treść dokumentów złożonych przez Wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu uległa zmianie w stosunku do stanu obecnie obowiązującego (...) – wówczas wykonawca był zobowiązany załączyć do oferty aktualny dokument. Zatem obowiązek aktualizacji dokumentów miał nastąpić w ofercie, dla której złożenia termin upływał w dniu 12.05.2016 r. To oznacza, że taki dokument musiał dotyczyć stanu sprzed tej daty. Wykonawca na rozprawie przedłożył wydruk wyciągu z publicznie dostępnego rejestru zawartego na oficjalnej – jak podkreślał - stronie internetowej Państwowej Inspekcji Skarbowej Ukrainy z dnia 10 sierpnia 2016 r., który dotyczył, jak zaznaczono w jego treści, stanu zaległości z dnia 8.08.2016 r. Odwołujący podnosząc te zarzuty nie udowodnił [nawet nie wykazywał], że taki publiczny rejestr został utworzony po dacie 16 lipca br. (data wniesienia odwołanie minus 10 dni), co nie wykluczało możliwości powzięcia informacji o zaległości podatkowej członka Konsorcjum już w terminie, w którym uzyskał informację o zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum IDS – BUD, a za taką datę należy uznać datę otrzymania pisma z dnia 17 maja 2016 r. informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty o zawartości wymaganej przepisem art. 92 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, a tym samym, że zarzut ten nie mógł być objęty pierwszym wniesionym odwołaniem z dnia 27 maja 2016 r. Zatem w tym przypadku ma zastosowanie art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust.1 i 2 tego przepisu należy wnieść w terminie 10 dni od dnia, w którym wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach, stanowiących podstawę jego wniesienia. W przedstawionych okolicznościach także nie podlega rozpoznaniu zarzut związany ze złożeniem w związku z tym wyciągiem nieprawdziwych informacji. Tym samym także bez rozpoznania pozostawiony został zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że przedłożony wyciąg dotyczy stanu zaległości z dnia 8 sierpnia 2016 r., a w toku rozprawy Odwołujący nie udowodnił, że taka zaległość istniała w

20

dacie składania oferty, a ponadto w treści tego dokumentu zamieszczono uwagę o możliwej codziennej zmianie stanu rozliczeń płatnika podatków z budżetem.

Izba uznała także, że również zarzuty dotyczące zaniechania poprawienia w ofercie omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz zaniechania zastosowania procedury z art. 90 ust.1 tej ustawy i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IDS – BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zostały wniesione po terminie, odpowiednio z art. 182 ust.1 pkt 1 i ust.3 pkt 1, albowiem wykonawca z jednej strony o czynnościach podjętych w związku z oceną oferty Konsorcjum dowiedział się ze wskazanego pisma z dnia 17 maja 2016 r., a także po tej dacie mógł powziąć informację o podjętych czynnościach i ich wyniku oraz o czynnościach zaniechanych. W tym przypadku Izba, co do pozostawienia zarzutów we wskazanym zakresie, powołała się odpowiednio na art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a nie na pkt 4 i 5 art. 189 ust.2 Pzp - jak wskazywał Przystępujący wykonawca – Konsorcjum IDS – BUD oraz Zamawiający - albowiem Odwołujący te zarzuty odniósł do tej części kosztorysów, które nie były objęte zarzutami w odwołaniach, będących przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę wyrokiem z dnia 1 lipca 2016 r. w sprawie prowadzonej pod sygnaturami: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16. Jednocześnie Izba zgodziła się z Zamawiającym, że nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mogły być ujawnione w terminach przewidzianych dla wnoszenia odwołań ustawą Pzp. Akceptacja takiego działania wykonawcy byłaby – jak podnosi się w orzecznictwie KIO - nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, albowiem ustalenia Izby nie potwierdziły podnoszonego w odwołaniu zarzutu niezasadnego zaniechania wykluczenia

Konsorcjum IDS-BUD na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp. Izba, co do tego zarzutu nie podzieliła stanowiska Przystępującego – Konsorcjum IDS-BUD, że ten zarzut został podniesiony po terminie wskazanym art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp oraz, że treść tej gwarancji była przedmiotem rozpoznania przez KIO w sprawie z dnia 1 lipca 2016 r. prowadzonej pod sygnaturami: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16. W tym przypadku ta gwarancja to nowy dokument wystawiony z datą 20 lipca 2016 r. na nowy okres, przedłożony przez wykonawcę przy piśmie z dnia 20 lipca 2016 r., a tożsamość treści tego dokumentu w zakresie pozostałych postanowień nie może skutkować uznaniem, że dotyczy to dokumentu o znanej treści złożonego wraz z ofertą z datą 11 maja 2016 r.

21

Powyższy zarzut Odwołujący oparł na twierdzeniu, że przedłożona Gwarancja Ubezpieczeniowa Zapłaty Wadium Nr 48/UL2016/32 z dnia 20 lipca 2016 r. wystawiona przez AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. nie jest prawidłowa, co do terminu, wskazanego w jej punkcie 5 oraz z uwagi na jej postanowienia w pkt 4, co do terminu płatności i wymaganego rachunku bankowego, oraz z uwagi na postanowienia punktu 7 oraz 8 odnoszące się do zakazu przeniesienia wierzytelności z Gwarancji bez uprzedniej zgody Gwaranta oraz zastrzeżenia właściwości miejscowej sądu wg siedziby Gwaranta.

Izba, podzieliła w pełni stanowisko Zamawiającego, że ten dokument nie narusza postanowień specyfikacji i odpowiada wymogom ustawy Pzp, co do terminu jej obowiązywania, jak i kwestionowanych postanowień. Niewątpliwie w tym postępowaniu odwołania rozstrzygnięte wyrokiem z dnia 1 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16 zostały wniesione do Prezesa KIO w dniu 27 maja 2016 r., a zatem zgodnie z przepisem art. 182 ust.6 ustawy Pzp, datą, z którą uległ zawieszeniu bieg terminu związania ofertą jest data 27 maja 2016 r. Abstrahując od wyliczeń poczynionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, które są prawidłowe, należy mieć przede wszystkim na uwadze pismo z dnia 20 lipca 2016 r. w którym Zamawiający wezwał wykonawców „do wniesienia wadium, z terminem ważności do dnia 13 sierpnia 2016 r. tj. do upływu okresu związania ofertą”. Konsorcjum IDS-BUD przedłożyło wymagany dokument Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium na dłuższy okres - do dnia 15 sierpnia 2016 r., a zatem okres obowiązywania gwarancji wadialnej, podany w punkcie 5 gwarancji, jest prawidłowy, niezależnie od samego terminu, do którego wykonawca ten ofertą był związany. Również w tym przypadku obowiązuje bowiem generalna zasada, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji faktu, że dostosował się do wezwania Zamawiającego, zwłaszcza tak daleko idących jak wykluczenie z postępowania. Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają regulacji nakazującej wykonawcy przedłużać okres związania ofertą czy okres obowiązywania gwarancji wadialnej - w sytuacji, gdy ostatni dzień z przedmiotowych okresów upływałby w dniu wolnym od pracy, także ustawowo wolnym w rozumieniu ustawy o dniach wolnych od pracy. Odnosząc się do kwestionowanych w odwołaniu postanowień tej gwarancji Izba - podobnie jak to wynika z orzecznictwa KIO w zakresie właściwym dla tego rozstrzygnięcia - zwraca uwagę, że gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne także w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353 (1) k.c), a jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji określonego

22

świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionych w gwarancji zdarzeń losowych, w tym przypadku, o których stanowi art. 46 ust.4a i 5 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wskazane w odwołaniu postanowienia w żaden sposób nie ograniczają prawa zamawiającego do zaspokojenia z gwarancji. Postanowień tych nie można uznać za niedopuszczalne na gruncie Pzp, czy za na tyle utrudniające skorzystanie przez zamawiającego z Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium, że należałoby uznać je za niedopuszczalny warunek. Pierwsze z postanowień w punkcie 4, dotyczy formalnego wymagania związanego ze wskazaniem przez Zamawiającego w żądaniu zapłaty numeru rachunku bankowego. Jak

podnosił Zamawiający, może ono służyć nawet zapewnieniu skutecznego otrzymania środków finansowych. Z kolei określony przez Gwaranta termin 14-tu dni na dokonanie zapłaty kwoty objętej Gwarancją jest terminem funkcjonującym w obrocie, zaś sam fakt jego określenia w gwarancji, jak podnosił Zamawiający, służy rozwianiu wątpliwości, co do interpretacji pojęcia „niezwłocznej płatności” i w żaden sposób nie może być traktowany, jako kwestionowanie bezwarunkowości wypłaty. Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że gwarant ma prawo zastrzec sobie pewien rozsądny czas na podjęcie stosownych czynności, poprzedzających wypłatę. Także postanowienia w punkcie 7 i 8 Gwarancji - zakaz przeniesienia wierzytelności z Gwarancji bez uprzedniej zgody Gwaranta oraz zastrzeżenia własności miejscowej sądu wg siedziby Gwaranta, zdaniem Izby, w żaden sposób nie ograniczają prawa Zamawiającego do zaspokojenia z gwarancji. Przede wszystkim brak przesłanek, aby Zamawiający miał jakikolwiek cel zbywania wierzytelności z tytułu gwarancji, a zarzut dotyczący własności miejscowej sądu skutkującej ewentualnym poniesieniem przez Zamawiającego większych kosztów w przypadku zmiany siedziby Gwaranta [Zamawiający i Ubezpieczyciel aktualnie mają siedzibę w Warszawie i własność miejscową w jednym sądzie okręgowym], to zdarzenie przyszłe i niepewne, którego ziszczenie nie zostało poparte przez Odwołującego żadnym dowodem. Pozostają również aktualne podnoszone argumenty dotyczące braku zakazów w przepisach ustawy Pzp stosowania w zapisach gwarancji ubezpieczeniowej, kwestionowanych przez Odwołującego postanowień.

23

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz uwzględniając przepisy 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).

.....
.....
.....

24