Sygn. akt: KIO 2733/13

WYROK
z dnia 10 grudnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia **2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2013 roku przez **Odwołującego** – Korporację Budowlaną Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,

przy udziale **Wykonawcy** - NDI S.A. z siedzibą w Sopocie , zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obcią a **Odwołującego** – Korporację Budowlaną Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Korporację Budowlaną Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Odwołującego** – Korporację Budowlaną Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, na rzecz **Zamawiającego** – Portu Lotniczego Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, kwotę **6 031 zł 12 gr** (słownie: sześć tysięcy trzydzieści jeden złotych dwanaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2733/13

UZASADNIENIE

W dniu 28 listopada 2013 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 i następne ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 9 sierpnia 2013r., Nr 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie zło ył wykonawca - Korporacja Budowlana Doraco Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Doprojektowanie (w zakresie projektu wykonawczego) i rozbudowa drugiego terminala pasa erskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku"* prowadzi Zamawiający: Port Lotniczy Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Numer ogłoszenia o zamówieniu: Dz.U. S129 223007-2013-PL z dnia 05/07/2013.

Odwołanie wniesiono wobec:

1. zaniechania czynności Zamawiającego polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania NDI S.A. z siedzibą w Sopocie jako wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert;

2. zaniechania czynności Zamawiającego polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty NDI S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej jako NDI S.A. lub NDI) jako oferty nie odpowiadającej treści SIWZ;
3. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej tj. wyborze oferty NDI S.A. z siedzibą w Sopocie jako najkorzystniejszej podczas gdy przy uwzględnieniu konieczności wykluczenia NDI z postępowania jego oferta traktowana powinna być jako odrzucona a ofertą najkorzystniejszą była oferta Odwołującej.

Działaniom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucono naruszenie:
1. art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp polegające na nie wykluczeniu przez Zamawiającego z postępowania NDI jako wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i nie uzupełnił dokumentów zgodnie z ądaniem Zamawiającego oraz
2. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp potraktowania oferty NDI jako oferty odrzuconej, podczas gdy NDI przedstawiło we własnej ofercie wadium, którego treść nie zabezpieczała oferty przez cały okres związania ofertą, a dodatkowo odpowiadając na wezwanie Zamawiającego nie przedstawiło ciągu pełnomocnictw wykazujących umocowanie osób podpisujących gwarancję wadialną, co niezale nie od powy szego argumentu dodatkowo podwa a realność zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego oraz wykazanie przez NDI spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp polegające na braku odrzucenia oferty NDI jako oferty nie odpowiadającej treści SIWZ podczas, gdy oferta wykonawcy NDI nie zawierała wypełnionego w całości Załącznika nr 5 do SIWZ Tabeli Elementów Scalonych

bowiem nie zawierała oferty w poz. 1.6.26 Tabeli, co oznaczało, e oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt. 2 oraz art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 5 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp tj. poprzez wybór oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu i którego oferta powinna być traktowana jako odrzucona, względnie poprzez wybór oferty wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą zło oną w postępowaniu spośród ofert Wykonawców nie podlegających wykluczeniu i spośród ofert nie podlegających odrzuceniu była oferta Odwołującej i to oferta Odwołującej powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a do czego nie doszło na skutek powy szych naruszeń ze strony Zamawiającego.

Wnoszono o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
1) uniewa nienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2) ponowne przeprowadzenie oceny ofert i:
a. wykluczenie wykonawcy NDI z postępowania jako wykonawcy, który nie zło ył wadium, a w dalszym toku potraktowania jego oferty jako oferty odrzuconej lub
b. odrzucenie oferty wykonawcy NDI jako nie odpowiadającej treści SIWZ, a następnie
3) dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty Odwołującej, która uzyska najwy szy wynik punktowy.

Co do posiadania interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, podkreślono, e w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania Odwołująca zło yła ofertę, która zgodnie z przeprowadzoną przez Zamawiającego oceną zło onych ofert była drugą ofertą z kolei z liczbą przyznanych punktów równą 98,41 punktom. Pierwszą pozycję zajęła oferta wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie z liczbą punktów 100. Oferta NDI S.A. została wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku wadliwego działania Zamawiającego oferta Odwołującej nie została wybrana, a tym samym Odwołująca poniosła szkodę związaną z brakiem mo liwości realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem prawidłowe stosowanie przepisów ustawy skutkowałoby odrzuceniem oferty NDI S.A. i wyborem oferty Odwołującej.

Informacje o czynności Zamawiającego Odwołująca uzyskała w dniu 18 listopada 2013r. faksem, stąd 10 dniowy termin do wniesienia odwołania w terminie został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy NDI S.A. z uwagi na brak wniesienia wadium.

W ramach zło onej przez siebie oferty NDI S.A. dołączyło dokument gwarancji bankowej wadialnej wystawionej przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A.

Dokument wskazywał, e Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do

dokonania na rzecz Zamawiającego płatności do kwoty 500.000 zł na pierwsze, pisemne oryginalne ądanie Zamawiającego.

W treści dokumentu gwarancji wskazano, e jest ona wa na od 21.10.2013r. do 19.01.2014r.

Równolegle z powy szym Gwarant zastrzegł jednak, e ądanie wypłaty nale y zło yć w siedzibie Banku, najpóźniej do godziny 16.00 w ostatnim dniu terminu wa ności gwarancji tj. w dniu 19.01.2014r. To zastrze enie Zamawiający pominął podczas oceny ofert, kiedy w istocie stanowi ono o wadliwości gwarancji bowiem ogranicza ono prawo Zamawiającego do realizacji uprawnień wynikających z tego dokumentu. Zło ony przez NDI S.A. dokument bankowej gwarancji wadialnej pozbawia Zamawiającego pewności, co do skuteczności objęcia oferty NDI S.A. wa ną gwarancją wadialną przez cały okres związania ofertą. Podkreślono, e wystawca gwarancji samodzielnie ograniczył mo liwość realizacji gwarancji, co w istocie skraca uprawnienia Zamawiającego do sięgnięcia po ten dokument, albowiem w ostatnim dniu wa ności gwarancji Zamawiający uprawniony jest do realizacji gwarancji jedynie do godziny 16.00.

Bezdyskusyjnym w ocenie Odwołującego jest, e wadium zabezpieczać ma cały okres związania ofertą (tak wprost Zespół Arbitrów przy UZP w wyroku z 08 czerwca 2006r.

związania UZP/ZO/0-1621/06, KIO w wyroku z dnia 15.04.20lOr. KIO/UZP 492/10). Okres ofertą w ramach niniejszego postępowania trwa od dnia 21 października 2013r. przez kolejnych 90 dni. Koniec okresu związania ofert przypada na dzień 19 stycznia 2014r.

Odwołując się do treści kodeksu cywilnego oraz korzystając z uregulowań ustawy Pzp stwierdzić trzeba, e stosownie do art. 85 ustawy Pzp w zw. z art. 111 §1 k.c. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Przeniesienie tej zasady na grunt postępowania (art. 14 ustawy Pzp) prowadzi do wniosku, e aby wadium zabezpieczało ofertę przez cały okres związania nią Zamawiający musi być uprawniony do realizacji wadium dokładnie przez ten sam okres czasu tj. w ramach niniejszego postępowania do końca dnia 19 stycznia 2014r. Taki te wymóg względem wadium Zamawiający postawił w treści SIWZ w Rozdziale VII Wymagania dotyczące wadium pkt 4 (str. 14 SIWZ).

Instytucja gwarancji bankowej regulowana jest w polskim systemie prawnym przez ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2012 r. poz. 1376 z późn. zm.). Stosownie do treści art. 80 tej ustawy banki mogą wystawiać gwarancje bankowe. Zgodnie z treścią art. 81 prawa bankowego gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, e po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie ądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pienię ne na rzecz beneficjenta gwarancji -

bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Gwarancja pod rygorem niewa ności powinna być sporządzona na piśmie (art. 82 prawa bankowego).

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje zgodne co do charakteru gwarancji bankowej jako wadium wskazując, e ustawa prawo zamówień publicznych nie definiuje tego rodzaju instytucji. Bankowa gwarancja wadialna jest zatem abstrakcyjnym zobowiązaniem banku gwaranta do spełnienia określonego treścią gwarancji świadczenia na rzecz beneficjenta gwarancji, tak KIO w wyroku z 21.09.2011r. KIO 1945/11 (Lex nr 969473). Podstawowym efektem wniesienia wadium ma być mo liwość zaspokojenia przez Zamawiającego przysługujących mu roszczeń przez cały okres związania ofertą (KIO w wyroku z 02 sierpnia 2011r. KIO 1779/11).

W ocenie Izby to z zapisów gwarancji i aneksu do niej, przedkładanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającemu, wynikać powinien jednoznacznie zamiar gwaranta aby Zamawiający dysponując dokumentem gwarancji wadialnej mógł uzyskać finansowe zabezpieczenie oferty w razie ziszczenia się okoliczności, w których przepisy p.z.p. dopuszczają mo liwość zatrzymania wadium, tak KIO w wyroku z dnia 25.05.2010r., sygn. KIO/UZP 819/10; KIO/UZP 820/10; KIO/UZP 833/10 LEX nr

585146). Konieczność ścisłej i literalnej wykładni treści dokumentu wadium przez Zamawiającego Krajowa Izba forsowała wielokrotnie, np. w wyroku z 28.07.2011r (KIO 1525/11 LEX nr 950344). Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego w ramach procedury oceny ofert jest więc ustalenie, czy przedło ony dokument wadialny nale ycie zabezpiecza Zamawiającego tj. czy umo liwia zaspokojenie roszczeń Zamawiającego przez cały okres związania ofertą (KIO w wyroku z 02.08.2011r. sygn. akt KIO 1544/11. Finalnie w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej równoznacznym z brakiem wadium - obok czystego braku dokumentu - jest wniesienie wadium, które nie będzie słu yło zabezpieczeniu roszczeń zamawiającego (tak wprost KIO/UZP 594/10 wyrok z dnia 30.04.2010r. LEX nr 598506 oraz orzeczenie z dnia 02.07.2009r. KIO UZP 757/09. Wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma mo liwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ (identycznie KIO w wyroku z 30.08.2011r. KIO 1779/11 oraz w wyroku z 19.11.2009r. KIO/UZP 1564/09).

Cytowane powy ej orzecznictwo znalazło równie potwierdzenie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Krakowie, który w wyroku z dnia 13.11.2009r. XII Ga 350/09 wskazał „Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty."

Zestawiając powy sze wywody oparte na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej z treścią dokumentu wadialnego przedło onego przez NDI S.A. Odwołujący twierdzi, e nie gwarantuje on realizacji roszczeń Zamawiającego w okresie związania ofertą.
W konsekwencji, nale y uznać, i NDI SA nie wniosło wymaganego przez Zamawiającego

wadium na pełen okres związania ofertą, gdy w czasie ostatnich 8 godzin okresu związania ofertą, oferta NDI SA nie była zabezpieczona wadium.

Kwestionując zapisy tego dokumentu w pierwszej kolejności nie sposób pominąć ewidentnej sprzeczności w jego treści. Z jednej strony bowiem gwarant wskazuje, e wa ność dokumentu obejmuje 19.01.2014r., a z drugiej nakazuje Zamawiającemu, jako beneficjentowi gwarancji zło yć ądanie zapłaty do godziny 16.00 tego dnia. W istocie zatem Gwarant kształtując własne zobowiązania wobec Zamawiającego wyklucza mo liwość zrealizowania roszczeń Zamawiającego w dniu 19.01.2014r. o godzinie 16.01. Odwołując się do treści słownikowego znaczenia „nale y", takiego bowiem słowa u ył Gwarant w treści gwarancji ustalić mo na, ze oznacza ono: trzeba, powinno się, wypada ; lub te : tak, jak nale y, jak być powinno, jak trzeba; właściwie; odpowiednio. W obu relacjach znaczeniowych odnoszą się do powinności, a więc w konsekwencji w sposób imperatywnie określając obowiązki Zamawiającego. Relacja tego zapisu do treści uprzedniego wskazania o wa ności gwarancji musi kwalifikować go jako modyfikację terminu wa ności gwarancji. Tym bardziej, e dokument gwarancji zestawia słowo „nale y" z wyrazem „najpóźniej", który to wyraz identyfikowany jest w słowniku języka polskiego jako „nie później ni ..." Konsekwencją powy szego badania musi być stwierdzenie, e wolą gwaranta było skrócenie czasu związania gwarancją do godziny 16.00 w ostatnim dniu jej wa ności.

Odwołując się do komentarza do art. 81 prawa bankowego wskazać trzeba, e ądanie zapłaty wynikające z gwarancji bankowej napotkać mo e sprzeciw gwaranta. Zarzuty z treści umowy gwarancji mogą polegać na powołaniu się przez gwaranta na niespełnienie przesłanek zapłaty określonych w liście gwarancyjnym. „Niekiedy sytuacje te będą oczywiste. Je eli np. w treści gwarancji określono termin, do którego beneficjent mo e skutecznie zło yć ądanie zapłaty, zło enie ądania po tym terminie będzie uzasadniało podniesienie przez gwaranta zarzutu z treści umowy gwarancji."

W świetle tak przedstawionej tytułem wadium gwarancji bankowej jednoznacznym jest, e Zamawiający nie będzie mógł zrealizować własnych roszczeń.

W świetle celu i okresu, na który wadium jest wnoszone, a zwłaszcza w związku z tym, e Zamawiający dokonywać mo e czynności zatrzymania wadium wyłącznie w okresie związania ofertą bez znaczenia dla uprawnień Zamawiającego jest ewentualne przedłu enie okresu wa ności wadium poza okres związania ofertą. Stosownie do treści art. 46 ust. 5 ustawy Pzp dla Zamawiającego granicznym terminem wa ności wadium w przypadku gdy jest ono dłu sze ni okres związania ofertą, jest zawsze okres związania ofertą. W tym zakresie oświadczenie gwaranta nie mo e prowadzić do modyfikowania ustawowych obowiązków Zamawiającego.

Przyjęcie odmiennego stanowiska skutkowałoby przyznaniem Zamawiającemu prawa do zatrzymania wadium z uwagi na odmowę zawarcia umowy ze strony Wykonawcy, która

podyktowana jest upływem okresu związania ofertą. W praktyce stosowane jest składanie wadium w formie ró nego rodzaju gwarancji przekraczających swoją wa nością okres związania ofertą, co następuje z ró nych względów. Uznanie Zamawiającego za uprawnionego do skorzystania z takich gwarancji po okresie związania ofert oznaczałoby w istocie, e Zamawiający uprawniony jest np. do zatrzymania wadium równie wtedy, gdy Wykonawca nie będąc ze względu na upływ okresu związania ofertą zobowiązany do zawarcia umowy odmawia jej podpisania.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie będzie zatem uprawniony do realizacji wadium ju o godzinie 16:01 w dniu 19 stycznia 2014r., w istocie zatem gwarancja nie będzie zabezpieczała oferty NDI przez 8 godzin okresu związania ofertą NDI S.A. Tego rodzaju okoliczność dyskwalifikuje treść zło onej gwarancji wadialnej. Nie odpowiada ona bowiem wymogom Zamawiającego określonym w treści SIWZ, a przede wszystkim nie zabezpiecza nale ycie oferty NDI S.A. przez cały okres związania jej treścią, tj. przez pełne 90 dni. Gwarancja wadialna przedstawiona przez NDI S.A. w jej obecnym brzmieniu daje gwarantowi bezpośrednią podstawę do odmowy realizacji roszczeń Zamawiającego zło onych w dniu 19.01.20l4r. po godzinie 16.00. W konsekwencji tego rodzaju ustalenia decyzją Zamawiającego dojść powinno do wykluczeniem NDI S.A. z postępowania, a to na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp jako podmiotu, który nie wniósł wymaganego przez Zamawiającego wadium.

Uzupełniająco wskazano równie , e NDI S.A. zostało wezwane do przedstawienia dokumentów potwierdzających podpisanie wadium przez osoby uprawnione. Tego rodzaju czynności Zamawiającego NDI S.A. nie kwestionowało w ramach odwołania od czynności Zamawiającego naruszającej ustawę prawo zamówień publicznych. Badanie dokumentów zło onych przez NDI S.A. w zakresie uzupełnienia kwestii pełnomocnictw prowadzi do ich zakwestionowania o tyle, e nie wykazuje rzeczywistego umocowania osób uprawnionych do reprezentacji Gwaranta w chwili podpisywania gwarancji. Przeprowadzony przegląd dokumentów zło onych przez NDI S.A. wskazuje, e w ramach uzupełnienia dokumentów spółka nie przedło yła odpisu pełnego KRS. Zło ona przez Wykonawcę informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców pobrana w drodze dostępu do internetowego systemu KRS wskazuje jedynie, e na dzień 07.11.2013r. osoby podpisujące pełnomocnictwa tj. Pan J…….. O…….. oraz Pan P…… A…… pełnili funkcje członków zarządu. Tego rodzaju działanie Wykonawcy oznacza, e w istocie nie odpowiedział prawidłowo na wystosowane wezwanie bowiem nie wykazał, aby wspomniane osoby pełniły funkcję członków zarządu Gwaranta w chwili wystawiania pełnomocnictw. Wątpliwości jakie towarzyszyły Zamawiającemu nie zostały zatem przez NDI S.A. wyjaśnione bowiem Wykonawca ten nie przedstawił wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

Takie działanie NDI S.A. musi tak e skutkować zakwestionowaniem wadium przez Zamawiającego i w konsekwencji prowadzić do uznania, ze oferta wykonawcy NDI S.A. nie była w sposób wymagany prawem zamówień publicznych zabezpieczona wadium.

Zarzut niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego, brak oferty cenowej na wszystkie elementy Tabeli Elementów Scalonych (TES).

Uzasadniając postawiony zarzut Odwołujący zwrócił uwagę na brak wskazania przez NDI S.A. ceny w pozycji 1.6.26 TES. Odwołanie się w ramach tego punktu do innej pozycji tabeli oznacza, e Wykonawca w istocie nie zło ył oferty w zakresie poz. 1.6.26. Pozycja 1.6.26. zawarta została w ramach poz. 1.7, stanowi w istocie sumę wartości dwóch jeszcze innych pozycji. W konsekwencji niezale nie od tego, e Wykonawca NDI S.A. wbrew oczekiwaniom Zamawiającego nie zawarł w pozycji 1.6.26 TES stosownej kwoty, nie zło ył więc w tym zakresie oferty, to dodatkowo nie wiadomo rzeczywiście, w której pozycji ujął wartość pozycji 1.6.26. Skoro bowiem poz. 1.7 składa się w rzeczy samej z pozycji oznaczonej 1. Instalacje elektryczne i 2. Instalacje automatyki i BMS Zamawiający nie ma informacji o tym, która z tych dwóch pozycji kryje w sobie wycenę i ofertę dla pozycji Oświetlenie.

Przedkładając niewypełnioną w poz. 1.6.26. TES Wykonawca NDI S.A. zło ył ofertę

niespełniającą wymogów Rozdziału X pkt. 5 (Str. 16) SIWZ.

Jak wskazuje KIO, np. w wyroku z dnia 02.04.2012 r. (KIO 543/12) brak elementów wymaganych dotyczących kosztów materiału i sprzętu, które są elementami cenotwórczymi nie pozwala na stosowanie art. 87 ust. 1 pzp, podobnie KIO w wyroku z 30.05.2011r. KIO 1066/11.

Finalnie zatem tego rodzaju usterka kwalifikowała ofertę NDI S.A. do odrzucenia jako ofertę nie odpowiadającą wymogom SIW a to na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający przeprowadzając ocenę ofert zaniechał odrzucenia oferty NDI S.A. z powy szego powodu i tym samym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przeprowadzona przez Zamawiającego ocena ofert narusza art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp bowiem Zamawiający ocenia ofertę Wykonawcy, który podlegał wykluczeniu. Takie działanie Zamawiającego stanowi równolegle obrazę art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, e ofertę Wykonawcy podlegającego wykluczeniu traktuje się jak odrzuconą.

W dalszym toku zaś zaniechanie Zamawiającego polegające na nie odrzuceniu oferty NDI S.A. stanowi o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 i w zakresie w jakim Zamawiający nie uznaje oferty NDI S.A. za nie odpowiadającą wymogom SIWZ oraz w zakresie w jakim nie uznaje oferty NDI S.A. za zawierającą ra ąco niską cenę. W tym ostatnim przypadku zaniechanie Zamawiającego narusza tak e .art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Stwierdzenie opisanych w odwołaniu naruszeń uzasadnia ądanie uniewa nienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały one bowiem dokonane z naruszeniem prawa. Po przeprowadzeniu ponownej oceny ofert z pominięciem oferty Wykonawcy NDI S.A. jako wykonawcy wykluczonego oferta Odwołującej powinna zostać uznana, za najkorzystniejszą.

W dniu 2 grudnia 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 listopada 2013 roku, zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie.

Wykonawca zaznaczył, e posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, poniewa jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego le y więc w interesie Przystępującego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło w ustawowym terminie. Kopia zgłoszenia przekazana została Zamawiającemu i Odwołującemu, co oznacza, i wypełniono wszystkie przesłanki formalne dla uznania skuteczności zgłoszenia.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego wadium, Przystępujący zauwa ył, e zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Zgodnie z orzecznictwem KIO do liczenia terminu związania ofertą nie ma zastosowania art. 111 § 2 k.c. Oznacza to, i ustawa Pzp kwestię liczenia terminu reguluje odmiennie ni przepisy k.c. Na gruncie ustawy Pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się z uwzględnieniem dnia upływu terminu składania ofert (tak wyrok KIO z dnia 9.11.2010r., sygn. akt KIO 2339/10 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007r., sygn. akt XIX Ga 3/07). W niniejszym postępowaniu oznacza to, e zgodnie z pkt 1 Rozdziału V SIWZ okres związania ofertą trwa przez 90 dni i rozpoczął bieg w dniu 21.10.2013r., a upłynie w dniu 18.01.2014r.

NDI do oferty załączyła Gwarancję Bankową Wadialną nr 36102014620000779600768424/2013 z dnia 17.10.2013r. Gwarancja ta posiada zapis: *„Niniejsza gwarancja jest wa na od 21.10.2013r do 19.01.2014r., a je eli data ta przypadałaby w dniu, w którym Bank nie prowadzi działalności operacyjnej, gwarancja jest wa na do pierwszego dnia roboczego Banku, następującego po tym dniu”.* Dzień 19 stycznia 2014r. przypada w niedzielę, co oznacza, e gwarancja pozostaje wa na przez 92 dni do 20.01.2014r. Zatem bez znaczenia się dywagacje Odwołującego o zapisie wadialnym dotyczącym godz. 16:00. Z ostro ności Przystępujący podkreślił, e zapis ten doprecyzowuje jedynie aspekt dotyczący zło enia ądania wypłaty z gwarancji, nie powodując jednocześnie braku zabezpieczenia oferty NDI wadium przez cały okres związania ofertą.

Co do dokumentów wykazujących umocowanie osób uprawnionych do reprezentacji Gwaranta, to bez znaczenia dla oceny wa ności i skuteczności dokumentu gwarancji jest

fakt, czy zostały do niego dołączone pełnomocnictwa dla osób podpisujących gwarancję oraz KRS podmiotu, który gwarancję wydał (tak KIO w wyroku z dnia 4.03.2010r., sygn. akt KIO/UZP 1961/09).

Zgodnie z art. 6 k.c. oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na Odwołującym spoczywał cię ar udowodnienia faktu, e osoby, które podpisały gwarancję nie były do tego upowa nione. Odwołujący jednak e w tym zakresie nie przeprowadził adnego dowodu.

Odnośnie drugiego zarzutu, Przystępujący podniósł, e wypełnienie załącznika nr 5 do SIWZ Tabeli Elementów Scalonych spełnia wymagania Rozdziału X pkt 5 SIWZ. Tabela została do oferty Przystępującego załączona, adna z pozycji nie została przez NDI pominięta lub niewypełniona. Zamawiający nie zakwestionował w tym zakresie oferty NDI. Dla Zamawiającego oczywistym było, e oświetlenie zostanie wykonane ale jedynie zostało ujęte jako element instalacji wewnętrznej elektrycznej w pozycji 1.7. tabeli. Zgodnie z zało eniami zamówienia będzie ono realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj", a to oznacza, e zgodnie z PFU oraz projektami wykonawczymi instalacji – oświetlenie zostanie przez Przystępującego wykonane. Bez znaczenia są więc wywody Odwołującego w zakresie mo liwości lub niemo liwości zastosowania art. 87 ustawy Pzp. Dodatkowo, w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie przedstawiali cen jednostkowych i nie wypełniali kosztorysów. Nie przewidziano tak e przy realizacji zadania wynagrodzenia kosztorysowego ale wynagrodzenie ryczałtowe (Rozdział X pkt 1 SIWZ). Wobec tego w tak ujętej cenie została równie ujęta i skalkulowana poz. 1.6.26 pn. Oświetlenie.

Z tych względów, zdanie Przystępującego, odwołanie winno zostać oddalone w całości jako bezzasadne.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości wskazując, i argumentacja Odwołującego jest bezzasadna.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert zło onych w postępowaniu, dokumentów zło onych przez Strony i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zwa ył, co następuje:

Ustalono, e nie została wypełniona adna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, e wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany mo liwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy i zło one oświadczenia przez poszczególne Strony sporu uznano, i odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy NDI S.A. z uwagi na brak wniesienia wadium.

Ustalono, e wykonawca wybrany zło ył wraz z ofertą Gwarancję Bankową Wadialną nr 36102014620000779600768424/2013 z dnia 17 października 2013 roku. W dokumencie znajdował się zapis, e : *„Niniejsza gwarancja jest wa na od 21.10.2013r do 19.01.2014r., a je eli data ta przypadałaby w dniu, w którym Bank nie prowadzi działalności operacyjnej, gwarancja jest wa na do pierwszego dnia roboczego Banku, następującego po tym dniu".* Wskazano w gwarancji tak e, e: *„* ądanie *wypłaty nale y zło yć w siedzibie Banku, najpóźniej do godziny 16.00 w ostatnim dniu terminu wa ności gwarancji".* Termin składania ofert wyznaczony został na 21 października 2013 roku, a czas związania ofertą określony

został w SIWZ na 90 dni.

Z brzmienia art. 85 ust. 5 ustawy Pzp wynika, e bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Na podstawie zgodnego stanowiska doktryny oraz orzecznictwa KIO stwierdzić nale y, e do sposobu liczenia terminu związania ofertą nie stosuje się regulacji kodeksu cywilnego, co oznacza, e przy liczeniu tego terminu, odrębnie ni w kodeksie cywilnym, dzień wyznaczony na termin składania ofert uwzględnia się. Skoro więc termin składania ofert będący pierwszym dniem związania ofertą wyznaczony był na dzień 21 października 2013 roku, to przy uwzględnieniu wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ 90 dni termin związanie ofertą upłynie w dniu 18 stycznia 2014 roku. Je eli zatem przedstawiono w ofercie gwarancję wa ną do 19 stycznia 2014 roku, to uznać nale y, e dokument wadialny odpowiada wymogom ustawy Pzp i w sposób prawidłowy zabezpiecza ofertę wykonawcy NDI S.A w całym okresie związania nią przez wykonawcę. Co więcej, termin zabezpieczenia realizacji roszczeń z gwarancji

przysługujących Zamawiającemu jest dłu szy ni wymagano w SIWZ. Za Przystępującym powtórzyć nale y, e bez znaczenia są dywagacje Odwołującego na temat dodatkowej klauzuli w zakresie godziny zgłoszenia roszczenia, poniewa ostateczny termin wa ności poza terminem związania ofertą, a tylko i tak w tym terminie gwarancji wypada ju Zamawiający przysługujące roszczenia z gwarancji mógłby zrealizować.

Odnośnie zarzutu, e zło one w wyniku uzupełnienia przez NDI dokumenty nie potwierdzają rzeczywistego umocowania osób uprawnionych do reprezentacji Gwaranta w chwili podpisywania gwarancji oraz e w takim wypadku Przystępujący zobowiązany był do przedstawienia odpisu aktualnego KRS, dostrze enia wymaga okoliczność, e ani przepisy ustawy Pzp, ani przepisy wykonawcze do tej ustawy nie dają Zamawiającemu podstaw do ądania zło enia ciągu pełnomocnictw wraz z gwarancją, odpisów aktualnych lub pełnych KRS, a tak e innych dokumentów, które potwierdzą prawidłowość umocowania osób podpisujących gwarancję. Chocia prawidłowość takiego wezwania do uzupełnienia dokumentów wystosowanego do wykonawców przez Zamawiającego nie została w postępowaniu zakwestionowana, to zauwa yć nale y, e nawet gdy wykonawca w sposób nieprawidłowy lub niepełny uzupełnił choćby ciąg pełnomocnictw lub zło ył nieodpowiedni wyciąg z KRS, to ocena skuteczności zabezpieczenia oferty wadium przez dany dokument musiałaby odbyć się w granicach prawa, bez uwzględnienia negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Ponadto, w przypadku tego rodzaju dokumentów urzędowych, Zamawiający działa w zaufaniu do osób je podpisujących i dopóki prawidłowość umocowania danych osób nie zostanie podwa ona, nie ma podstaw, aby dane umocowanie kwestionować. Odwołujący tymczasem nie przedstawił adnych dowodów wskazujących choćby na cień wątpliwości, które uzasadniałby lub te podwa ały nieprawidłowość działania Gwaranta.

W świetle powy szego uznano, e sformułowany zarzut nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Zarzut niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego, brak oferty cenowej na wszystkie elementy Tabeli Elementów Scalonych (TES).

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrze eniem art. 87 ustawy Pzp.

W tym zakresie wskazać nale y, e oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, ni określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta mo e przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak te

w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź te usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem X pkt 5 SIWZ wykonawcy mieli zło yć z ofertą wypełnioną tabelę elementów scalonych, sporządzoną zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ. Taka tabela w ofercie Przystępującego została umieszczona. W SIWZ wskazano, e wynagrodzenie będzie miało charakter ryczałtowy. Przystępujący przyznał, e oświetlenie, które miało być ujęte w pozycji 1.6.26 TES zostało wycenione w pozycji 1.7 TES.

Biorąc powy sze pod uwagę, nie mo na stwierdzić, e oferta wykonawcy NDI treścią nie odpowiada wymogom SIWZ. Tabela elementów scalonych została w prawidłowym kształcie do oferty dołączona. W tabeli tej przy wycenie nie pominięto, ani nie wykreślono adnej pozycji. Nie mo e być zatem mowy o braku oświadczenia woli w zakresie wyceny elementów składających się na przedmiot zamówienia. To oznacza, e nie zachodzi potrzeba stosowania art. 87 ustawy Pzp.

Przyjęty w postępowaniu sposób rozliczania zadania określony jako wynagrodzenie ryczałtowe determinował sposób wyceny i zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Cena poszczególnych jednostek nie będzie miała na tyle istotnego znaczenia dla przedmiotowego zamówienia na etapie jego realizacji, aby nie było mo liwe przenoszenie i wycena poszczególnych pozycji kosztowych w innych pozycjach. Zatem określenie przez Wykonawcę NDI ceny danego asortymentu robót w innej pozycji nie mogło prowadzić do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ o ile cena pozycji wskazanej jako zawierającej koszt danych robót nie została przez Odwołującego zakwestionowana odnośnie jej wysokości.

Konkludując, uznano, i wykonawca Odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, e badanie i ocena ofert w przez była postępowaniu dokonana Zamawiającego prawidłowa.
W prowadzonym postępowaniu nie dopatrzono się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: