

Sygn. akt: KIO 1683/12

**WYROK**  
**z dnia 23 sierpnia 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: GISPartner Sp. z o.o., ATM Systemy Informatyczne S.A., GIS-EXPERT Sp. z o.o., 50 – 106 Wrocław, ul. Rynek ratusz 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubelskie, 20 – 074 Lublin, ul. Spokojna 4**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Comarch Polska S.A., SmallGIS Sp. z o.o., 31 – 864 Kraków, al. Jana Pawła II 41G** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.**
  
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: GISPartner Sp. z o.o., ATM Systemy Informatyczne S.A., GIS-EXPERT Sp. z o.o., 50 – 106 Wrocław, ul. Rynek ratusz 10**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy ) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Spokojna 4, 20-074 Lublin zwane dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na Opracowanie „Projektu Organizacyjno-Technicznego Regionalnej Infrastruktury Informacji Przestrzennej (RIIP), Modernizację Infrastruktury Technicznej Biura Geodezji oraz Modernizację i Informatyzację WODGiK Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego.

W dniu 26 lipca 2012 r. wykonawcy otrzymali informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Konsorcjum: Comarch Polska S.A., SmallGIS Sp. z o.o., 31 – 864 Kraków, al. Jana Pawła II 41G. Natomiast drugi z wykonawców GIS Partner Sp. z o.o. został z przedmiotowego postępowania wykluczony, a jego oferta została uznana za odrzuconą. Wykonawca ten w dniu 6 sierpnia złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, oraz zaniechania wykluczenia z postępowania, zaniechania odrzucenia oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Comarch Polska S.A.-SmallGIS Sp. z o.o.

W odwołaniu zarzucił Zamawiającemu;

1. wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert;
2. odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego
3. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (Al. Jana Pawła II 41g, 31-864 Kraków) oraz SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków); dalej jako Konsorcjum Comarch-SmallGIS;
4. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch-SmallGIS;
5. na wypadek nieuwzględnienia zarzutów z punktów 3-4 powyżej: od zaniechania wezwania Konsorcjum Comarch-SmallGIS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
6. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty nr 1 złożonej przez Konsorcjum Comarch-SmallGIS.

Podnosząc powyższe zarzuty wskazał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

- I. naruszenie przepisów art. 65 §1-2 kodeksu cywilnego oraz art. 24 ust. 2 pkt 2) p.z.p. poprzez przyjęcie, że gwarancja bankowa dołączona do oferty Odwołującego została wystawiona na okres krótszy od okresu związania ofertą, przez co Odwołujący powinien zostać wykluczony z postępowania, podczas gdy Odwołujący wniósł wadium w formie

gwarancji bankowej na cały okres związania ofertą,

II. naruszenie art. 24 ust. 4 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego (uznania jej za odrzuconą), podczas gdy Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji nie ma podstaw do odrzucenia jego oferty;

III. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Comarch-SmallGIS, mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

IV. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch- SmallGIS, mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

V. w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w punktach III i IV: naruszenie art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Comarch-SmallGIS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, mimo że przedłożone wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

VI. w związku z powyższymi zarzutami: mające istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p., polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Comarch-SmallGIS przy nieuprawnionym wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty, która w braku jej odrzucenia winna być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stawiając powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- wykluczenia z postępowania Konsorcjum Comarch-SmallGIS lub odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch-SmallGIS, ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p - nakazanie wezwania Konsorcjum Comarch-SmallGIS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Dokonując uzasadnienia podniesionych zarzutów podniósł, że wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty nie miało podstaw, a ponadto wybór oferty Konsorcjum Comarch-SmallGIS nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p..

Wskazał, że Zamawiający w dziale XVII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zażądał wniesienia wadium o wartości 100 000,00 zł (słownie: sto

tysięcy zł 00/100). Składając ofertę w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący jako jeden z załączników do oferty przedłożył w oryginale gwarancję bankową zapłaty wadium nr 70/2012 z dnia 24 maja 2012 r., wystawioną przez Getin Noble Bank S.A. w Warszawie, której Beneficjentem jest Zamawiający.

Przedmiotowa gwarancja została wystawiona na wniosek GISPartner sp. z o.o. Po złożeniu wniosku, a bezpośrednio przed podpisaniem dokumentu gwarancji, bank przygotował jego projekt, który został uzgodniony z przedstawicielami Odwołującego. W projekcie tym termin ważności gwarancji został wskazany prawidłowo i w pełni zgodnie z ustaleniami pomiędzy bankiem a Odwołującym się, w następujący sposób: *„Nasza gwarancja jest ważna od dnia wystawienia do dnia 22.09.2012r* W dokumencie gwarancji numer 70/2012 z dnia 24 maja 2012 r., załączonym do oferty Odwołującego, wystąpiła jednak omyłka pisarska polegająca na wpisaniu jako daty ważności gwarancji daty „22.07.2012 r.” zamiast „22.09.2012 r.”.

O zaistnieniu pomyłki Zamawiający poinformował Zamawiającego w piśmie z dnia 28 czerwca 2012 r. Wraz z pismem, Odwołujący przedłożył oświadczenie Gwaranta - Getin Noble Bank S.A., z którego wynika, że na druku 00567 gwarancji nr 70/2012, którego oryginał został załączony do oferty, wyrażenie w brzmieniu *„Nasza gwarancja jest ważna od dnia wystawienia do dnia 22.07.2012r* "winno brzmieć: *„Nasza gwarancja jest ważna od dnia wystawienia do dnia 22.09.2012r”* z uwagi na omyłkę pisarską. Reprezentanci Gwaranta - Getin Noble Bank S.A. oświadczyli jednocześnie, że Getin Noble Bank S.A. pozostaje i pozostawał zobowiązany z tytułu gwarancji zgodnie z jej treścią, a zatem do dnia 22 września 2012 r. Odwołujący w załączeniu do pisma z dnia 28 czerwca 2012r. przedłożył również potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie wniosku udzielenie gwarancji oraz projektu gwarancji, który - jak wskazano powyżej - przewidywał jako datę zakończenia jej obowiązywania dzień 22 września 2012 r.

Podniósł, że przedłożone Zamawiającemu oświadczenie Gwaranta winno mieć decydujące znaczenie dla oceny, przy zastosowaniu zasad wykładni oświadczeń woli sprecyzowanych w art. 65 §1 i 2 Kodeksu cywilnego, co do prawidłowości wniesienia wadium przez Odwołującego. Ponadto niewątpliwe jest, że Gwarancja bankowa zapłaty wadium numer 70/2012 z dnia 24 maja 2012r. w swojej treści wskazuje, iż stanowiła zabezpieczenie zapłaty wadium w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (z treści gwarancji wprost wynika odwołanie do prowadzonego postępowania przetargowego). Tym samym przedmiotowa gwarancja spełniała wszelkie wymogi przewidziane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z umową między GIS Partner sp. z o.o. a Getin Noble Bank S.A. została udzielona na cały okres związania ofertą, co potwierdza jednoznacznie oświadczenie Gwaranta z 28 czerwca 2012 r., jedynie w dokumencie przedłożonym wraz z ofertą wkradła się omyłka

pisarska. Gwarancja od daty jej wystawienia była ważna, a termin jej obowiązywania nie upłynął.

W zakresie drugiej grupy zarzutów dotyczących Konsorcjum Comarch-SmallGIS podniósł dwa zarzuty oznaczone literą „A” i „B”.

W zakresie zarzutu oznaczonego literą A wskazał, że w zakresie wymogu wykazania się wdrożeniem publicznie dostępnej usługi wyszukiwania (serwer i klient) w dziale XII lit. A pkt 1 ppkt 3 SIWZ Zamawiający postawił warunek, aby wykonawca wykonał „co najmniej jedno zamówienie polegające na wdrożeniu publicznie dostępnej usługi wyszukiwania (serwer i klient) przy założeniu, iż:

- a) usługa pozwala na wyszukiwanie metadanych dla zbiorów i usług, w tym rozproszone z zewnętrznych katalogów metadanych oraz przeglądanie wyników,
- b) usługa musi wspierać standard CSW w wersji 2.0.2 z profilem aplikacyjnym ISO w wersji 1.0. (wsparcie wszystkich operacji, w tym getRecord z parametrem distributedSearch),
- c) usługa musi publikować minimum 10 000 metadanych"

wykonawca miał obowiązek załączyć w wykazie dostaw i usług adres operacji getCapabilities usługi. Natomiast z udostępnionej Odwołującemu dokumentacji postępowania Konsorcjum Comarch-SmallGIS powołało się na realizację dwóch zamówień: „Budowę systemu służącego do wspierania działalności Instytutu Technologiczno-Przyrodniczego w zakresie kompleksowej infrastruktury przetwarzania i analizy danych przestrzennych" dla Instytutu Technologiczno-Przyrodniczego Falenty oraz „Opracowanie systemu GIS dla Gorczańskiego Parku Narodowego". W obu przypadkach w wykazie dostaw i usług dołączonym do oferty Konsorcjum Comarch- SmallGIS wprost wskazano, że w ramach tych zamówień realizowane były wszystkie elementy, które Zamawiający opisał jako obligatoryjne, formułując warunek udziału w postępowaniu. Jednak według wiedzy Odwołującego się, w rzeczywistości elementy te nie zostały zrealizowane w żadnym z powyższych zamówień.

Jeśli chodzi o zamówienia realizowanego dla Instytutu Technologiczno-Przyrodniczego Falenty wskazał, że usługa ta nie jest publicznie dostępna. Dostępna jest jedynie aplikacja kliencka. Po drugie, zastosowane przy realizacji tego zamówienia oprogramowanie firmy ESRI nie realizuje rozproszonego wyszukiwania w oparciu o parametr distributedSearch operacji getRecord. Dlatego też zdaniem Odwołującego nie jest możliwe, aby katalog metadanych Instytutu Technologiczno-Przyrodniczego publikował więcej niż kilkanaście rekordów metadanych.

Wskazał nadto, że „*powyższe argumenty są w znacznej mierze aktualne także w odniesieniu do zamówienia realizowanego dla Gorczańskiego Parku Narodowego*".

Natomiast w zakresie wdrożenia oprogramowania zarządzającego podniósł, że w dziale XII lit. A pkt 1 ppkt 4 SIWZ Zamawiający postawił warunek, aby wykonawca wykonał

jedno zamówienie, polegające na wdrożeniu oprogramowania zarządzającego w zakresie:

- a) zarządzania użytkownikami systemu i ich uprawnieniami w oparciu o centralne repozytorium użytkowników,
- b) tworzenia uprawnień ograniczających dostęp do serwisów WMS, WCS, WFS i REST w zakresie dostępności poszczególnych warstw, operacji na serwisach oraz zasięgu przestrzennego (np. granic wybranej jednostki administracyjnej),
- c) publikacji usług zabezpieczonych, wymagających uwierzytelnienia i autoryzacji.

Według udostępnionej Odwołującemu dokumentacji niniejszego postępowania, Konsorcjum Comarch-SmallGIS powołało się na realizację omawianego już wcześniej zamówienia na „Budowę systemu służącego do wspierania działalności Instytutu Technologiczno-Przyrodniczego w zakresie kompleksowej infrastruktury przetwarzania i analizy danych przestrzennych” dla Instytutu Technologiczno-Przyrodniczego Falenty. Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Comarch-SmallGIS wprost wskazało, że zamówienie to obejmowało wszystkie elementy warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy według wiedzy Odwołującego, sytuacja taka nie miała miejsca.

Dlatego też zdaniem Odwołującego Konsorcjum Comarch-SmallGIS nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co zasadniczo powinno stanowić podstawę do wezwania do uzupełniania dokumentów. Jednak zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, procedura określona w art. 26 ust. 3 p.z.p. nie może mieć zastosowania. Tym samym, Konsorcjum Comarch-SmallGIS powinno zostać wykluczone z postępowania.

W zakresie zarzutu oznaczonego literą „B” wskazał, że w załączniku nr 21 do SIWZ, Zamawiający zdefiniował wymagania dotyczące oprogramowania wirtualizacyjnego. W kolumnie „Minimalne wymagane parametry” został postawiony m.in. następujący warunek: „Licencje muszą umożliwiać uruchomienie jednej konsoli do zarządzania całym środowiskiem”. W pozycji 4 lit. n formularza oferty Konsorcjum Comarch-SmallGIS wskazano, że oferowane oprogramowanie wirtualizacyjne to VMware vSphere 5 Enterprise Plus, produkowane przez VMware Inc. Zamawiający pismem z 12.07.2012 r. wezwał Konsorcjum Comarch-SmallGIS do wyjaśnienia, czy „oprogramowanie wirtualizacyjne firmy VMWARE wersja VMWARE vSphere 5 Enterprise Plus zawiera licencję umożliwiającą uruchomienie jednej konsoli do zarządzania całym środowiskiem”. W odpowiedzi Konsorcjum Comarch-SmallGIS oświadczyło, że „zaoferowane rozwiązanie wirtualizacyjne” zawiera niezbędne licencje. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Comarch-SmallGIS zaoferowało jedynie program VMware vSphere 5 Enterprise Plus. W świetle treści oferty, jest to całość „rozwiązania wirtualizacyjnego”. Jednak program ten nie spełnia zacytowanego powyżej wymagania.

Odnosnie oprogramowania GIS Serwer podniósł, że w załączniku nr 24 do SIWZ,

Zamawiający zdefiniował wymagania dotyczące oprogramowania serwera usług danych przestrzennych (GIS serwer). W pozycji 4 lit. r. formularza oferty Konsorcjum Comarch-SmallGIS wskazano, że oferowane oprogramowanie to ArcGIS Server Enterprise Standard produkowany przez ESRI Inc. W opisie technicznym dołączonym do oferty stwierdzono też, że dodatkowo mają być wykorzystane „rozszerzenia funkcyjne”. W ofercie Comarch-SmallGIS nie wskazano natomiast żadnego innego niż ArcGIS Server Enterprise Standard z wspomnianymi „rozszerzeniami”, dodatkowego oprogramowania mającego pełnić te funkcje. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 12.07.2012 r., Konsorcjum Comarch-SmallGIS stwierdziło, że do spełnienia wymagań opisanych w SIWZ takie dodatkowe oprogramowanie nie jest potrzebne.

Wskazał, że według wiedzy Odwołującego, oprogramowanie ArcGIS Server Enterprise Standard samodzielnie nie spełnia wszystkich wymagań opisanych w załączniku nr 24 do SIWZ, w tym w zakresie wymagań usługi CSW. Ponadto dedykowane oprogramowanie ESRI nie obejmuje wymaganego w SIWZ (zgodnie z pkt 47 załącznika nr 6 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) oprogramowania mobilnego, a jedynie posiada interfejs programistyczny (API), które dopiero pozwala wykonawcom na wybudowanie właściwego oprogramowania.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że po zapoznaniu się z treścią zarzutów odwołania wnioskuje o jego oddalenie.

Izba na tym etapie przedstawiania stanu faktycznego sprawy wskazuje, że w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, Zamawiający podniósł, że wobec rygorystycznego traktowania przez ustawę kwestii dotyczących wadium, wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w dniu składania ofert, a wszelkie błędy w tym zakresie obciążają Wykonawcę. Przyjęcie dokumentu gwarancji bankowej o treści dołączonej do oferty Odwołującego stanowiłoby w istocie przerzucenie na Zamawiającego niekorzystnych skutków z niego wypływających lub mogących wypłynąć, godząc tym samym w cel, któremu ma służyć gwarancja ubezpieczeniowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto dokument gwarancji ubezpieczeniowej w formie załączonej do oferty przez Odwołującego nie zabezpieczał interesów ekonomicznych Zamawiającego i był wadliwy. Fakt ten stanowi również podstawę do uznania, iż Odwołujący nie wniósł wadium w prawidłowy sposób do upływu terminu składania ofert, w konsekwencji taki stan rzeczy stanowi podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania na mocy art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Natomiast w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch – SmallGIS stwierdził, że Zamawiający do opracowania opisu przedmiotu zamówienia jak i



oceny zgodności złożonych ofert zSIWZ, wyłonił profesjonalny podmiot pod nazwą Info Strategia z Krakowa, którego nazwał inżynierem projektu. Zarówno złożona przez Przystępującego oferta, jak i wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów o złożenie których był wzywany, zostały ocenione przez inżyniera projektu, który odnosząc treść oferty wraz z ww. wyjaśnieniami do postawionych w SIWZ wymogów w zakresie spełnienia warunku udziału i opisu przedmiotu zamówienia, ocenił iż oferta Przystępującego jest zgodna z SIWZ. W oparciu o taką opinię Zamawiający stwierdził, że brak było podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum Comarch Polska S.A., - Lider Konsorcjum, SmallGIS Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum lub wykluczenia konsorcjum z postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Konsorcjum: Comarch Polska S.A., SmallGIS Sp. z o.o., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. W zgłoszonym przystąpieniu wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że Odwołujący konstruując swój wywód w odwołaniu zapomniał jednak o bardzo istotnej kwestii. Otóż gwarancja bankowa uregulowana jest wyłącznie w Ustawie Prawo Bankowe (tekst jednolity Dz.U. 2012, Nr 72, poz. 665 z późn. zm.). Zgodnie z brzmieniem art 81 ust 1 gwarancja bankowa jest jednostronnym zobowiązaniem banku-gwaranta. Sama zatem gwarancja bankowa jest czynnością prawną jednostronną i nie mają do niej zastosowania wskazane przez odwołującego zasady wykładni dotyczące czynności prawnych dwustronnych. Ze względu na funkcję gwarancji bankowej - funkcja gwarancyjna, pewność obrotu - nie jest możliwe zastosowanie innych metod wykładni do jej treści, niż wykładnia literalna. Ponadto podniósł, że data obowiązywania gwarancji bankowej jest jednym z najistotniejszych elementów oświadczenia gwaranta o udzieleniu gwarancji bankowej. To właśnie bowiem termin ważności gwarancji wyznacza okres obowiązywania zabezpieczenia danej transakcji ze strony banku. Nie sposób zatem uznać, by zmiana w zakresie daty obowiązywania gwarancji mogła zostać uznana za taką modyfikację gwarancji bankowej, która nie stanowi istotnej zmiany treści gwarancji bankowej.

Ponadto w piśmie procesowym z dnia 21 sierpnia 2012 dotyczącym zarzutów Odwołującego do jego oferty, roku złożonym na rozprawie, stwierdził, że przedmiotowe zarzuty odwołania jako niezasadne winny zostać oddalone.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.**

Na wstępie merytorycznego rozpoznania wniesionego odwołania Izba wskazuje, że w

przystąpieniu wykonawca Konsorcjum Comarch podniosło zarzut, poparty przez Zamawiającego na rozprawie, iż w stosunku do oferty Konsorcjum Comarch-SmallGIS Odwołujący nie wykazał wystąpienia co do części podniesionych w odwołaniu zarzutów, przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust 1 ustawy Pz.p. Podkreślił, że Odwołującemu nie przysługuje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, w rozumieniu art. 179 ust 1 Ustawy PZP, w zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Comarch-SmallGIS, gdyż nie są spełnione kumulatywnie obie przesłanki z ww. przepisu, od zaistnienia których uzależniona została możliwość skutecznego wniesienia odwołania.

Wskazał, że zasadność takiego stanowiska wynika z faktu, że dla możliwości wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej nie ma znaczenia, czy zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Comarch- SmallGIS są zasadne, czy też nie są zasadne. W przypadku, jeśli Odwołujący nie podlegałby wykluczeniu (czemu Przystępujący przeczy), to oferta Odwołującego byłaby wybrana jako najkorzystniejsza niezależnie od tego, czy oferta Przystępującego podlegałaby odrzuceniu, czy też nie.

Tym samym - Odwołujący nie ma interesu we wnoszeniu odwołania w tym zakresie, gdyż Odwołujący nie poniósł szkody w wyniku nieodrżucenia oferty Przystępującego.

W ocenie Izby, podkreślenia w tym zakresie wymaga fakt, że oferta Odwołującego, ze względu na ustalone w SIWZ kryteria ocen, gdyby nie wykluczenie tego wykonawcy, byłaby ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Jest ofertą z najniższą ceną, przy ustalonym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę, a w postępowaniu zostały złożone dwie oferty.

Izba odnosząc się do tej kwestii na wstępie wskazuje, że zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe wynika z faktu, że wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego i podejmuje decyzję co do wniesienia odwołania.

W niniejszym postępowaniu w tym zakresie, rozstrzygnięcia przez Izbę wymaga przede wszystkim fakt, czy w ramach wniesionego odwołania można wyodrębnić zarzuty co do podnoszenia których Odwołujący ma /lub niema/ interes/u/ w kontekście art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższego, w tym postępowaniu i w tym stanie faktycznym, Izba stoi na stanowisku, że nie można akceptować sytuacji kiedy Odwołujący wnosząc odwołanie i podnosząc zarzut, co do którego niewątpliwie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, „podpina” pod niego szereg innych zarzutów w stosunku do wykonawcy czy wykonawców, których oferty w żaden sposób nie zagrażają jego interesowi w uzyskaniu

zamówienia.

Dokonując analizy uregulowań dotyczących postępowania odwoławczego stwierdzić należy, że z konstrukcji całego postępowania odwoławczego wynika umożliwienie składania odwołań tylko tym wykonawcom, którzy mają interes w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu oraz, którzy w związku z czynnościami lub ich zaniechaniem przez Zamawiającego, ponieśli lub mogą ponieść szkodę.

W tym postępowaniu Odwołujący swój interes w kwestionowaniu wyboru oferty Przystępujący określił jako, cyt. *„Nie ulega zresztą wątpliwości, że w interesie każdego wykonawcy będącego uczestnikiem postępowania jest, aby zamawiający prowadził postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców”*. Ponadto stwierdził, że rozstrzygnięcie przez Izbę podniesionych zarzutów w tym zakresie ma znaczenie dla innej sprawy, w której jako wykonawca bierze udział.

W tej materii wskazać należy, za wyrokiem KIO 947/12, że *„przepis art. 179 ust. 1 ustawy nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu polegającego na uzyskaniu stanu, w którym ten wykonawca będzie mógł uzyskać zamówienie”*.

Wskazać również należy na orzeczenie KIO o sygn. 2607/10 gdzie Izba stwierdziła, że *„niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach sprawy, oferta (.....), jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu (.....). Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione (droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę) nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty (.....) pozostaje neutralne dla tego wykonawcy”*.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego co do interesu w kwestionowaniu wyboru oferty Przystępującego, Izba stwierdza, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie podjął próby wykazania, spełnienia drugiej kumulatywnie występującej w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki, dotyczącej poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez czynności Zamawiającego.

Mimo nie wykazania przesłanki dotyczącej poniesienia szkody, to jednak zdaniem Izby, w sytuacji wykluczenia Odwołującego z postępowania możliwość poniesienia szkody jest w tym zakresie niewątpliwa. Jednakże w sytuacji kiedy Odwołujący podnosi zarzuty do wybranej oferty twierdząc, że niezależnie od wyniku orzeczenia Izby co do zarzutu jego wykluczenia z postępowania, to jego interes w tym zakresie, skupia się na dbałości o uczciwą konkurencję i

równe traktowanie wykonawców, to trudno tutaj wskazać, nawet na możliwość wystąpienia szkody, po jego stronie. Co najwyżej można tutaj mówić o szkodzie ewentualnej, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkada ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Odnosząc się do powyższych kwestii, Izba uznaje za zasadne w tej sprawie przywołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, wskazał wytyczne co do rozumienia przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, stwierdzając: *„przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła*

*nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego”.*

Tym samym podnieść należy, że przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych warunkuje możliwość rozpatrzenia przez Izbę wniesionego odwołania, potrzebą wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek występujących po stronie wykonawcy tj. posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę iż Odwołujący nie wykazał interesu, a konkretnie rzecz ujmując „przeszkody”, która w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu niezasadności jego wykluczenia z postępowania, uniemożliwiłaby mu uzyskanie zamówienia przy równoczesnym niewykluczeniu wykonawcy Comarch. Prowadzi to do wniosku iż Odwołujący w zakresie zarzutu sformułowanego wobec wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Comarch nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek.

Trudno również nie stwierdzić, oceniając determinację Odwołującego w dążeniu do wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, że rzeczywistym interesem Odwołującego było dążenie do spowodowania unieważnienia przez Zamawiającego postępowania i szukania możliwości uzyskania tego zamówienia w nowym postępowaniu.

Wskazać należy, że przy utrzymaniu przez Izbę dokonanego wykluczenia Odwołującego z postępowania i wykluczenia Przystępującego bądź nakazania odrzucenia jego oferty, przedmiotowe postępowanie zostałoby unieważnione, gdyż oferty złożyło tylko dwóch ww. wykonawców.

Podnieść należy, że obie wskazane w art. 179 ust. 1 przesłanki zrelatywizowane zostały przez ustawodawcę do konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Ewentualna, kolejna szansa na złożenie swojej oferty przez Odwołującego, polegająca na możliwości uczestniczenia w postępowaniu toczącym się po unieważnieniu tego postępowania nie stanowi o posiadaniu interesu w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu oraz o możliwości poniesienia w nim szkody (tak też: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10).

Odnosząc się do powyższej kwestii podnieść należy, że z podobną sytuacją kiedy Izba nie dokonuje rozstrzygnięcia merytorycznego co do wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów mamy najczęściej do czynienia w sytuacji zarzutów zawartych w odwołaniach dot zamówień poniżej progów unijnych, czy też stwierdzenia w odwołaniu zarzutu podniesionego

po upływie terminu na jego wniesienie. Wtedy Izba przy rozpatrywaniu takiego zarzutu stwierdza, że ze względu na ujawnione okoliczności faktyczne i prawne brak jest podstaw do ich merytorycznego rozpatrzenia. W przedmiotowym odwołaniu w trakcie rozpatrywania zarzutów Izba stwierdziła, że co do części z nich Odwołujący nie posiada interesu w ich rozstrzygnięciu, gdyż nie mają żadnego znaczenia w uzyskaniu przez Odwołującego tego zamówienia.

Wskazać należy również, że celem przepisu art. 179 ust.1 ustawy Pzp jest umożliwienie wnoszenia przez wykonawców odwołań, zawierających zarzuty, które w przypadku ich potwierdzenia umożliwiają wykonawcy ubieganie się o uzyskanie konkretnego zamówienia. Dlatego też za niezastępującą na ochronę i potrzebę rozstrzygnięcia przez Izbę, należy uznać sytuację kiedy wykonawca oprócz podnoszenia zarzutów co do których posiada interes o którym mowa w art 179 ust Pzp oczekuje od Izby rozstrzygnięcia zarzutów które dla niego, obiektywnie nie mają znaczenia w tym postępowaniu.

Stwierdzić należy, że czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia winny polegać na dokładaniu należytej staranności na wszystkich etapach postępowania, celem eliminowania ujawniających się okoliczności, które mogą stanąć mu na przeszkodzie uzyskaniu danego zamówienia, a nie tzw. dbałości o przestrzeganie interesu publicznego.

Przepis art 179 ust.1 nie pełni funkcji publicznych, a ma jedynie na celu ochronę interesów podmiotu wnoszącego odwołanie w danym postępowaniu, celem umożliwienia mu uzyskania zamówienia objętego tym postępowaniem.

Ponadto zdaniem Izby, zasadne jest odniesienie się do zakresu podnoszonych na rozprawie zarzutów co do oferty Przystępującego, a także przedkładanych na ich udowodnienie różnego rodzaju dowodów. Odwołujący na rozprawie podniósł szereg zarzutów oraz przedłożył wiele wniosków dowodowych mających uzasadniać, że Przystępujący składając ofertę nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, gdyż powołał się między innymi na wykonane zamówienie dla Gorceńskiego Parku Narodowego, które to zamówienie nie spełnia wymogów SIWZ w tym zakresie.

Słuszne zdaniem Izby, są podniesione w tym zakresie zarzuty ze strony Zamawiającego i Przystępującego, że są to nowe zarzuty nie objęte zarzutami odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konsekwentnie, Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga o żądaniach stanowiących odzwierciedlenie zarzutów kierowanych wobec kwestionowanej czynności. Nie jest zatem dopuszczalnym wyjście poza zakres kwestionowanej czynności i postawionych wobec niej zarzutów. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje

wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”.

Wskazać należy, że co do wykazania się przez Przystępującego wykonaniem zamówienia dla Gorczańskiego Parku Narodowego, to Odwołujący podnosząc zarzuty w tym zakresie odniósł się tylko do wykonanego zamówienia dla Instytutu Technologiczno-Przyrodniczego.

Zarzuty dotyczące zamówienia dla Gorczańskiego Parku Narodowego ujął sformułowaniem, iż *„Powyższe argumenty są w znacznej mierze aktualne także w odniesieniu do zamówienia realizowanego dla Gorczańskiego Parku Narodowego”*.

Wobec tego stwierdzić należy, że odwołanie w zakresie prawidłowości sformułowania zarzutu nie czyni zadość wymaganiom ustawy Pzp. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Tym samym w powyższym zakresie podnoszone zarzuty nie podlegały rozpoznaniu w oparciu o przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Nadto wskazać również należy, że Odwołujący na potwierdzenie podnoszonych zarzutów w ww. zakresie, przedłożył przede wszystkim wydruki ze stron internetowych oraz korespondencję e-mailową. Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach odnosiła się do mocy dowodowej dokumentów uzyskanych jako wydruk z zawartości ze strony internetowej. W tym zakresie należy ponownie podnieść za wyrokiem Sądu Okręgowego w Białymstoku który w wyroku z dnia 7.10.2009 roku sygn akt II Ca 718/09, stwierdził *„ ... informacje zamieszczone na stronach internetowych wykonawców nie mogą stanowić jakiegokolwiek źródła odniesienia przy ocenie oferty, albowiem decydujące znaczenie mają oświadczenia wykonawców zawarte w treści skonkretyzowanej oferty przeanalizowane pod kątem treści siwz. Informacje zawarte w ulotkach, na stronach internetowych i innych publikacjach reklamowych nie mogą być dowodem w sprawie, gdyż nie mają mocy wiążącej. Z tych również względów nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty”*.

Tym samym zdaniem Izby, należało przyznać większą moc dowodową oświadczeniom wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, których prawdziwość, w pewnych sytuacjach „zabezpiecza” złożone wadium.

Wobec powyższego, merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę podlega zarzut wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, a w przypadku jego uwzględnienia również żądanie unieważnienia czynności o które wnosi Odwołujący.

W tym zakresie stwierdzić należy, że stan faktyczny wykazany przez strony w złożonej dokumentacji i pismach procesowych jest jasny i nie wymagał dalszych ustaleń.

Niespornym pomiędzy stronami jest fakt, że Odwołujący wraz z ofertą jako jeden z załączników przedłożył w oryginale gwarancję bankową zapłaty wadium nr 70/2012 z dnia 24 maja 2012 r., wystawioną przez Getin Noble Bank S.A. w Warszawie, której Beneficjentem jest Zamawiający. Według dokumentu gwarancja opiewała na kwotę 100 tysięcy złotych z okresem ważności od daty wystawienia gwarancji tj. 24.05.2012 do 22 lipca 2012 roku. Zdaniem Odwołującego w wyniku pomyłki banku na gwarancji wpisano omyłkowo datę 22.07.2012 zamiast 22.09.2012 rok.. Odwołujący argumentował, że wpisana data stanowi omyłkę pisarską banku gdyż gwarancja powinna być wystawiona do 22.09.2012 r czyli dwa miesiące dłużej. Na dowód potwierdzenia iż podana data ważności gwarancji stanowi omyłkę pisarską Banku przedłożył korespondencję Odwołującego z bankiem. Podniósł, iż istotnym w sprawie jest to, iż omyłka dotyczyła tylko miesiąca natomiast zarówno dzień jak i rok pozostał niezmienny, co jego zdaniem uzasadnia stanowisko, iż doszło do omyłki pisarskiej banku, a nie celowego działania Odwołującego.

Zamawiający odnosząc się do przedłożonej korespondencji Odwołującego z bankiem poddaje w wątpliwość, że korespondencja taka miała miejsce w terminach podanych przez Odwołującego. Zwrócił uwagę na fakt, że na rzekomym wniosku do Banku brak jest wskazania daty tego pisma, a także wskazania okresu na jaki gwarancja ma być udzielona. Ponadto we wniosku wskazany jest jako beneficjent Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego, natomiast w gwarancji podano Województwo Lubelskie.

Tym samym uważa, że z analizy tych dokumentów *nasuwa się wątpliwość czy przedmiotowe dokumenty nie były sporządzone po terminach wskazywanych przez odwołującego i wyłącznie na użytek niniejszego postępowania odwoławczego.*

Ponadto oświadczył, że nawet gdyby uznać, że przy wystawianiu gwarancji została popełniona omyłka pisarska to i tak nie miało to żadnego znaczenia dla faktu, że złożona gwarancja nie zabezpieczała oferty przez okres wymagany przez Zamawiającego. W sprawie nie może mieć również zastosowanie przepis art. 65 § 1 kc dotyczący dokonywania wykładni złożonego oświadczenia banku, gdyż w odniesieniu do postanowień gwarancji wadialnych można stosować przepis art. 65 § 1 k.c., ale tylko wówczas, gdy potrzeba takiej



wykładni, wynika z nieprecyzyjności użytego wyrażenia. W przedłożonej gwarancji sens wypowiedzi był jednoznaczny i zrozumiały, zatem nie mogła mieć miejsca wykładnia oświadczenia woli - zaprzeczająca temu, co pierwotnie w dokumencie tym zostało wyraźnie przez bank stwierdzone.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać, że należy, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach Kodeksu cywilnego. I tak przez pojęcie wadium, w myśl art. 70<sup>4</sup> § 1 K.c., należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarówno na gruncie Kodeksu cywilnego, jak i ustawy Pzp, rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą. Zamawiający powinien mieć możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą, niezależnie od tego, kiedy dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, czy innych czynności jak np. wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W treści gwarancji powinien być określony termin jej ważności, który powinien obejmować termin związania ofertą. Dla terminu ważności wadium w odniesieniu do terminu związania ofertą istotne znaczenie ma przepis art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co oznacza, że dzień, z którym upływa termin składania ofert, jest jednocześnie dniem, w którym rozpoczyna się bieg terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy albo nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W przedmiotowej sprawie niewątpliwie jest, że Odwołujący nie złożył wadium w postaci gwarancji bankowej na cały okres związania ofertą.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego i Zamawiającego zauważyć należy, że obawy Zamawiającego co do możliwości wytworzenia przedkładanych dokumentów na użytek postępowania odwoławczego wydają się być zasadne.

Pierwotny termin składania ofert był ustalony na dzień 25 maja 2012 roku, a okres związania ofertą wykonawców został ustalony na 60 dni – gwarancja bankowa została wystawiona w dniu 24 maja na okres związania ofertą który upływał w dniu 22 lipca 2012 roku.

Następnie w wyniku dwukrotnego przesunięcia terminu składania ofert, został on ostatecznie ustalony na dzień 18 czerwca 2012 roku, okres związania ofertą upływał w dniu 16 sierpnia 2012 roku.

Tym samym niezrozumiałe jest dlaczego jeszcze w miesiącu maju Odwołujący dokonał zabezpieczenia oferty wadium na okres prawie 90 dni.

Zasadne wydaje się w tej sytuacji stwierdzenie, że gwarancja odwołującego wystawiona w dniu 24.05.2012 r. była gwarancją na pierwotnie ustalony okres związania ofertą. Natomiast, z w związku z dokonanym dwukrotnie przesunięciem terminu otwarcia ofert, gwarancja odwołującego nie została dostosowana do obowiązującego okresu. Dopiero po zorientowaniu się w pomyłce, Odwołujący rozpoczął nieskuteczną próbę naprawy tej sytuacji.

Biorąc pod uwagę powyższą sytuację stwierdzić należy, że Odwołujący do dnia składania ofert nie wniósł wadium zgodnego z SIWZ. Kwestia, czy wskazany w gwarancji okres ważności zabezpieczenia oferty był niewłaściwy z powodu omyłki banku czy niedopatrzenia Odwołującego spowodowanego przesuwaniem terminu otwarcia ofert nie ma żadnego znaczenia dla oceny prawidłowego wniesienia wadium.

W przedmiotowym stanie faktycznym składane oświadczenie banku dotyczące błędnego wpisania daty ważności gwarancji nie może mieć decydującego znaczenia.

Podkreślić należy, że Zamawiający ocenia prawidłowość wniesienia wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W razie stwierdzenia, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, Zamawiający nie ma możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały na tę okoliczność przedłożone przed upływem terminu otwarcia ofert. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy.

Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej – jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 868/08, *nie ma w ustawie Pzp podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji* / podobnie KIO 63/12 /.

Ponadto wskazać należy, że to obowiązkiem Odwołującego było dochowanie należytej staranności w zakresie złożenia oferty i prawidłowego wniesienia zabezpieczającego ją wadium w postaci gwarancji bankowej

Tym samym Izba stwierdza, że Zamawiający powinien opierać się na treści dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, w którym jasno wyrażony został zakres odpowiedzialności gwaranta i jej warunki, a wszelkie inne dokumenty i wyjaśnienia składane po upływie terminu składania ofert nie mogą mieć znaczenia ani dla decyzji Zamawiającego, ani dla rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę.

Wobec powyższego podniesiony zarzut, a wraz z nim całe odwołanie nie może zostać

uwzględnione.

Odnosząc się do wskazanego w ramach tego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 4 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Izba wskazuje, że wskazana podstawa prawna w przedmiotowym stanie faktycznym, niezależnie od rozstrzygnięcia zarzutu jest nieprawidłowa. Przepis art. 89 ust 1 pkt 5 stwierdza, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, natomiast zgodnie z art. 24 ust.4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Ustawodawca rozróżnia ofertę odrzuconą i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust 4 i ten przypadek odnosi się do przetargu nieograniczonego, zapytania o cenę i zamówienia z wolnej ręki, czyli tzw postępowań jednoetapowych. Gdyż ci wykonawcy składając oferty najczęściej nie wiedzą o tym, że zostali wykluczeni z postępowania. Natomiast w postępowaniach wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków i ofert, wykluczenie wykonawcy z postępowania nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, w sytuacji gdyby wykluczony wykonawca, złożył ofertę.

Tym samym uregulowanie wskazane w art. 89 ust 1 pkt 5 należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty. Przepisu tego nie stosuje się wobec tego do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie odrzucenie oferty wobec wykluczonego wykonawcy następuje z mocy prawa, z chwila podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Odrzucenie oferty w w/w postępowaniach jednoetapowych jest skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, a *contrario* uchylenie czynności zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy powoduje, że oferta tego wykonawcy przestaje być również uznawana za ofertę odrzuconą.

Wobec powyższego brak jest podstaw do orzekania przez Izbę co do odrzucenia oferty, będącej skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Wskazując że tylko istotność wpływu naruszenia przepisów ustawy pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia daje Izbie możliwość uwzględnienia odwołania oznacza, iż ustawodawca dopuszcza wystąpienie stosunkowo niewielkich odchyień od postanowień

danego przepisu prawa, wskazanego przez Odwołującego jako podstawę sformułowanego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący .....