

WYROK
z dnia 24 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2014 r. przez wykonawcę **Inżynieria Rzeszów S.A., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59A**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Myślenice, 32-400 Myślenice, ul. Rynek 8/9**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych "INSBUD" Sp. z o.o., J. N..... Sp.j., z siedzibą dla lidera: 33-100 Tarnów, ul. Przemysłowa 27**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm w składzie: **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych "INSBUD" Sp. z o.o., J. N..... Sp.j., z siedzibą dla lidera: 33-100 Tarnów, ul. Przemysłowa 27**, odrzucenie oferty wykonawców **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych "INSBUD" Sp. z o.o., J. N..... Sp.j., z siedzibą dla lidera: 33-100 Tarnów, ul. Przemysłowa 27**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Myślenice, 32-400 Myślenice, ul. Rynek 8/9 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego

wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59 A, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Myślenice, 32-400 Myślenice, ul. Rynek 8/9, na rzecz Odwołującego - Inżynieria Rzeszów S.A., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59 A, kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Myślenice prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w miejscowości Zasań, budowa wodociągu w Trzemeśni przysiółek Radlanki – Kontrakt nr 29”.

W dniu 10 marca 2014 r. wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. złożył odwołanie wobec:

- 1) czynności Zamawiającego podjętej w toku prowadzonego postępowania polegającej na dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum Firm „INSBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (Lider), J. N..... Sp. j. z siedzibą Brzesku (Partner), [dalej także, jako „konsorcjum Insbud”], to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4, 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp”];
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Insbud, to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4, 6 ustawy Pzp;
- 3) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm w składzie: OMEGA Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjny I..... J..... z siedzibą Rudna Wielka (Lider), Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S..... B..... Sp. j. z siedzibą Nieznanowice (Partner), A..... I..... AGEMO Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych z siedzibą Wiśniowa (Partner), Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S..... B..... z siedzibą Nieznanowice (Partner), [zwanego w dalszej treści niniejszego odwołania „konsorcjum OMEGA”], to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
- 4) zaniechania czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4, 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych przez Odwołującego, Konsorcjum Insbud oraz Konsorcjum Omega;
- 3) nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawców Konsorcjum Omega oraz Konsorcjum Insbud, a także odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców;

- 4) nakazanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych, nieodrzuconych ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż Zamawiający błędnie dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Insbud gdyż konsorcjum nie wyraziło zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący wskazywał, iż w dniu 18 lutego 2014 r., Konsorcjum Insbud złożyło do zamawiającego oświadczenie o złożeniu przedłużonego wadium. Wraz z oświadczeniem Konsorcjum Insbud złożyło aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, nie złożyło jednak oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący podkreślał, iż fakt złożenia gwarancji obowiązującej dłużej niż termin związania ofertą nie powoduje automatycznie dłuższego związania ofertą. Skutkiem takiego działania jest wyłącznie trwająca przez dłuższy czas możliwość egzekucji kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności w tej gwarancji opisanych, które jednakże musiałyby mieć miejsce przed upływem terminu związania ofertą. Odnośnie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Insbud gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, Odwołujący wskazywał, iż Konsorcjum Insbud nie zawarło w ofercie wyceny przedmiotów dostawy (objętych również przedmiotem zamówienia). Odwołujący podnosił również, iż z treści oferty Konsorcjum Insbud nie wynika, że dostawy w ogóle będą przedmiotem świadczenia. W treści kosztorysu złożonego przez Konsorcjum Insbud nie zawarto wyceny zamawianych dostaw. Z treści oferty nie wynika również, że do ceny wynikającej z kosztorysu nie dodano wynikających z zapisów umowy, kosztów zamawianych dostaw. Jednocześnie w ocenie Odwołującego Konsorcjum Insbud dokonało wyliczenia ceny w sposób sprzeczny ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w SIWZ, co stanowi o tym, że oferta Konsorcjum Insbud zawiera błąd w obliczeniu ceny i winna być odrzucona.

Ponadto Odwołujący wskazywał, iż cena oferty Konsorcjum Insbud stanowi 71,68% kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Odwołujący podnosił, iż co prawda Konsorcjum Insbud złożyło wyjaśnienia, jednakże przesłane materiały nie mogą stanowić dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący wskazywał, iż Konsorcjum Insbud nie ujęło w treści wyjaśnień ani dowodów, żadnych informacji odnoszących się do żądanych przez Zamawiającego dostaw. Zdaniem Odwołującego nie ujęcie w ofercie ceny dostaw spowodowało jej zmniejszenie. Już sam ten fakt zdaniem Odwołującego czyni zaoferowaną cenę, ceną nierealną, która nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia. W zakresie zaniechania wykluczenia konsorcjum Omega Odwołujący podnosił, iż wykonawca ten zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wyraził po terminie gdyż dopiero 18 lutego 2014 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Gmina Myślenice prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w miejscowości Zasań, budowa wodociągu w Trzemeśni przysiółek Radlanki – Kontrakt nr 29”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2013 r., pod numerem 2013/S 207-357885.

Zgodnie z postanowieniami pkt 4 ppkt 2 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności budowę:

- sieci kanalizacji sanitarnej,
 - przewodów wodociągowych wysokiego ciśnienia stanowiących sieć p-poż i przewodów niskiego ciśnienia stanowiącą sieć rozbiorową, na cele socjalno-bytowe, o długości około 29.310,50 mb,
 - trzech sieciowych pompowni wody,
 - zbiorników wyrównawczych o pojemności 2x100,0 m³ w przysiółku Radlanki,
- oraz dostawę:
- samochodu do monitoringu sieci wykonanej w ramach projektu „Czysta woda dla Krakowa”,
 - cysterny do przewozu wody pitnej o pojemności 5 m³,
 - cysterny do przewozu wody pitnej o pojemności 14 m³,
 - elektrowni wiatrowych o mocy 2 kW – 5 szt.

Zgodnie z postanowieniami pkt 15, ppkt 3.1., lit. q SIWZ kompletna oferta musi zawierać m.in. kosztorys ofertowy uproszczony, sporządzony według otrzymanego przez wykonawcę od zamawiającego przedmiaru robót. Do wyceny wyliczonej jak wyżej należy dodać wszystkie niezbędne koszty wynikające z zapisów umowy.

W pkt. 24, ppkt 1 SIWZ, Zamawiający zawarł zapis, iż wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z postanowieniami pkt 25 ppkt 3 SIWZ cena oferty winna wynikać z kosztorysu ofertowego wykonawcy, o którym mowa w pkt 15.3.1) q) IDW. W pkt 25, ppkt 11 SIWZ Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorysy ofertowe, które powinny zawierać wycenę, co najmniej elementów robót z podaniem ilości, cen jednostkowych i wartości, wraz z opisem technologii wykonania robót oraz zestawienie zastosowanych zamiennych, równoważnych materiałów i montowanych urządzeń wraz z ich cenami jednostkowymi.

Zgodnie z pkt 26 SIWZ, jako kryterium oceny ofert Zamawiający określił cenę nadając jej wagę 100%.

Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 58.851.822,83 zł w tym wartość zamówień uzupełniających na kwotę 19.617.274,28 zł.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) ATA-Technik Sp. z o. o. S.K.A. na kwotę 38.072.088,32 zł brutto,
- 2) Konsorcjum Insbud na kwotę 22.691.658,42 zł brutto,
- 3) Konsorcjum firm: IDS-BUD S.A. oraz Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane i Sieci Sanitarnych ASTEX M....., Ł..... Sp.j. na kwotę 33.638.040,00 zł brutto,
- 4) Inżynieria Rzeszów S.A. na kwotę 26.415.305,34 zł brutto,
- 5) Konsorcjum OMEGA na kwotę 16.673.293,99 zł brutto,
- 6) Konsorcjum firm: Instalbud Sp. z o. o. oraz Urdema S.A. na kwotę 26.910.486,37 zł brutto.

Wraz z ofertą Konsorcjum Insbud złożyło dokument wadialny – gwarancję ubezpieczeniową o numerze 280000072598 z dnia 13 grudnia 2013 r. Zgodnie z tym dokumentem gwarancja była ważna od dnia 20.12.2013 r., do dnia 20.02.2014 r. Ponadto w formularzu ofertowym (pkt 5) wykonawca ten złożył oświadczenie, że jego oferta jest ważna przez 60 dni.

Izba ustaliła ponadto, iż pismem z dnia 7 lutego 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Konsorcjum Insbud o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W odpowiedzi wezwany wykonawca przedłożył wyjaśnienia, wskazując m.in. iż lider konsorcjum ma możliwość zakupu materiałów po korzystnych cenach, z reguły o 47% niższych od rynkowych. Ponadto wykonawca wskazał, iż posiada własne zaplecze techniczne i sprzętowe potrzebne do wykonania umowy, przyjął niskie narzuty dotyczące kosztów pośrednich. Dodatkowo podniósł, iż zysk został skalkulowany na poziomie 5%, co potwierdza, że cena oferty nie jest poniżej kosztów własnych.

Z analogicznym wezwaniem Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Omega. W odpowiedzi Konsorcjum złożyło wyjaśnienia wskazując, iż przy kalkulacji ceny oferty oparło się na doświadczeniu przy realizacji różnych kontraktów oraz przekonaniu, że większość kontraktów jest mocno przeszacowana przez kosztorysantów, a nadto na każdym kontrakcie występują oszczędności w wykonaniu niektórych jego elementów.

Pismem z dnia 11 lutego 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający w treści wniosku wskazał, iż „(...) W związku z upływającym w dniu 17 lutego 2014 r. terminem związania ofertą w niniejszym postępowaniu, Zamawiający (...) wnosi o wyrażenie zgody przez Wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 30 dni, to jest, co najmniej do dnia 19 marca 2014 r. (...) Wobec powyższego, Zamawiający

wnioskuje o przedłożenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą oraz przedłużenie ważności złożonego wadium na przedłużony okres związania ofertą, najpóźniej do dnia 18 lutego 2014 roku.”

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A., w dniu 14 lutego 2014 r., złożył do Zamawiającego oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 19 marca 2014 r., Do oświadczenia wykonawca ten załączył aneks nr 1 z dnia 12.02.2014 r. do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr PO/00576389/2013.

Izba ustaliła również, iż w dniu 18 lutego 2012 r., do Zamawiającego wpłynęło oświadczenie Konsorcjum Omega o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania oferta. Do oświadczenia wykonawca załączył aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Również w dniu 18 lutego 2014 r., do Zamawiającego wpłynęło pismo Konsorcjum Insbud, w którym wykonawca ten stwierdził: „(...) Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie przy ulicy Przemysłowej 27 składa przedłużone wadium w postępowaniu przetargowym na zadanie pn. „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w miejscowości Zasań, budowa wodociągu w Trzemeśni przysiółek Radlanki -Kontrakt nr 29”. Do pisma tego wykonawca załączył aneks nr 1 do wadium – gwarancji ubezpieczeniowej Nr 280000072598 z dnia 13.12.2013 r. Z aneksu tego wynika, że gwarancja jest ważna od dnia 20.12.2013 r., do dnia 22.03.2013 r.

Pismem z dnia 28 lutego 2014 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum Insbud. Ponadto Zamawiający poinformował również m.in. o odrzuceniu oferty Konsorcjum OMEGA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 10 marca 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Konsorcjum Insbud stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, treść oferty Przystępującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron i Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności należało stwierdzić, iż wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Omega, Izba pominęła ten zarzut w rozważaniach.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Insbud, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. W ocenie Izby, Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie złożył oświadczenia w przedmiocie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym, iż złożenie aneksu do gwarancji wadialnej zastępowało w/w oświadczenie. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego oświadczenie o wyrażeniu zgody na wydłużenie terminu związania ofertą nie mogło być domniemane z okoliczności przedłużenia ważności wadium. Jak słusznie wskazywał Odwołujący takiemu wnioskowaniu przeczy zarówno odmienny zakres obu instytucji jak i dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią wskazanych przepisów wykonawca przedłuża termin związania ofertą przez wyrażenie zgody na wniosek zamawiającego lub samodzielnie składając stosowne oświadczenie. Należy zwrócić uwagę, iż z brakiem zgody ustawodawca wiąże skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Kwestia stwierdzenia wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania nie może zatem pozostawać w sferze domniemania. Brak zgody oznacza, iż wykonawca nie złożył oświadczenia zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź odmówił takiej zgody, lub nie podjął własnych działań w celu przedłużenia terminu związania ofertą. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp obejmuje zatem okoliczności objęte dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Czyli zarówno brak reakcji na wezwanie zamawiającego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jak też zaniechanie przedłużenia tego terminu z inicjatywy własnej wykonawcy. Odmienna interpretacja i wywodzenie z braku oświadczenia złożonego Zamawiającemu, iż do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą doszło poprzez przedłużenie ważności wadium, stałaby w sprzeczności z wykładnią przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, aby można było mówić o złożeniu

Zamawiającemu oświadczenia o określonej treści (zgody na wydłużenie terminu związania ofertą) przy jego fizycznym braku, konieczne byłoby objęcie tej sytuacji zakresem normy zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przy braku odpowiedniego zapisu ustawowego, nie jest możliwe domniemanie wyrażenia zgody z okoliczności braku oświadczenia w tym przedmiocie. Skoro ustawodawca wymaga odrębnie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium, nie można mieszać obu instytucji w ten sposób, że z faktu wydłużenia ważności wadium wywodzi się, iż wykonawca wyraził zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą na określony czas. Obie instytucje, tj. związanie ofertą oraz zabezpieczenie oferty wadium, pozostają ze sobą powiązane w ten sposób, iż nie jest wystarczające przedłużenie ważności wadium bez wydłużenia terminu związania ofertą, co jednak nie oznacza, iż skutki wydłużenia ważności wadium rozciągają się na wydłużenie terminu związania ofertą.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż z faktu przedłużenia wadium można byłoby domniemywać, iż doszło do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to w przedmiotowej sprawie bezspornie aneks do gwarancji wadialnej wpłynął do Zamawiającego w dniu 18 lutego 2014 r., a więc po upływie terminu związania ofertą. Tym samym wobec upływu w dniu 17 lutego 2014 r., terminu związania ofertą, można uznać, iż stan związania ofertą ustał co wyklucza możliwość jego przedłużenia. Należy zwrócić uwagę, iż przedłużenie może dotyczyć istniejącego stanu prawnego, natomiast stan prawny, który ustał może być wyłącznie ustanowiony na nowo. Izba wskazuje, iż ustawa Pzp nie przewiduje możliwości ustanowienia na nowo terminu związania ofertą, tym samym termin związania ofertą ustalony przez zamawiającego w SIWZ nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany tak, aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał. Mając na względzie powyższe, Izba zwraca uwagę, iż dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wykonawcy o przedłużeniu okresu związania swoją ofertą konieczne jest złożenie tego oświadczenia woli Zamawiającemu przed upływem pierwotnego terminu związania i to w taki sposób, aby możliwe było zapoznanie się z treścią tego oświadczenia woli przez Zamawiającego. Obowiązków tych w ocenie Izby nie dopełnił Przystępujący, gdyż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania swoją ofertą, a za takie oświadczenie nie może być uznane złożenie aneksu do gwarancji wadialnej, który został złożony Zamawiającemu po upływie terminu związania ofertą. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r. (sygn. akt VI Ga 240/2010), należy wskazać, iż „(...) Nie może budzić wątpliwości wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2, iż to wykonawca chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym, jako termin związania ofertą, winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie. Sąd Okręgowy, rozpoznający skargę w niniejszym składzie,

podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy.”

W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje również fakt, iż Zamawiający w wezwaniu określił termin na wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do 18 lutego 2014 r. Izba wskazuje, iż to wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany był do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania jego uczestnictwa w postępowaniu poprzez przedłużenie terminu związania ofertą przed jego upływem. Za niedopuszczalny należy uznać również sposób liczenia terminu związania ofertą wskazywany przez Zamawiającego, który podnosił, iż winien on być liczony nie tylko z uwzględnieniem dni, ale również godzin. Argumentacja Zamawiającego w świetle przepisów ustawy Pzp jak i przepisów Kodeksu cywilnego nie znajduje żadnego uzasadnienia. Reasumując skoro art. 85 ustawy Pzp do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą wymaga aktywnego działania, inicjatywy wykonawcy, to brak tego działania w tym zakresie jest równoznaczny z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym Przystępujący winien być wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego również w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Bezspornie w zakres przedmiotu zamówienia wchodziły nie tylko roboty budowlane, ale również dostawy: samochodu do monitoringu sieci, cystern do przewozu wody pitnej o pojemności 5 m³ i 14 m³, elektrowni wiatrowych o mocy 2 kW w ilości 5 sztuk. W ocenie Izby, nie sposób uznać, iż oferta Przystępującego obejmował także dostawy, o których mowa wyżej. Zdaniem Izby nie wynika to z kosztorysu załączonego do oferty, gdyż obejmuje on wyłącznie roboty budowlane. Oferty w zakresie wymaganych przez Zamawiającego dostaw nie może również zastępować blankietowe oświadczenie Przystępującego zawarte w formularzu ofertowym, iż gwarantuje on wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji, gdyż nie wynika z niego, co faktycznie wykonawca oferuje. Tym samym wobec nieobjęcia treścią oferty przedmiotów dostawy wymaganych przez Zamawiającego, ofertę Przystępującego należało uznać za nieodpowiadającą treści SIWZ. Oceny tej nie zmienia fakt, iż Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe gdyż mogłoby by to mieć znaczenie w zakresie ewentualnych niezgodności w zakresie robót budowlanych ujętych przez Przystępującego w kosztorysach budowlanych.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Insbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby, z samego faktu złożenia oferty, której treść nie odpowiada wymogom SIWZ nie sposób

wywodzić, iż oferta taka zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie w ocenie Izby, w niniejszej sprawie nie zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Za stanowiskiem Odwołującego nie przemawiają wskazywane przez niego postanowienia SIWZ. Skoro jak stwierdzono wyżej treść oferty przystępującego nie obejmowała pełnego zakresu przedmiotu zamówienia (dostaw) to nie oznacza to automatycznie, że Przystępujący popełnił błąd w obliczeniu ceny swojej oferty czy złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

Tym samym wobec wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, która nie odpowiadała treści SIWZ, złożonej przez wykonawcę, który winien był być wykluczony z przedmiotowego postępowania, Izba uznała również za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe, uwzględniając dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o 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).

Przewodniczący: