

WYROK
z dnia 6 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 czerwca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2017r. przez **wykonawcę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9 na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74 kwotę **4 505 zł 28 gr** (słownie : cztery tysiące pięćset pięć złotych dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdów, opłat skarbowych i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej stacji Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Prace na Uniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel - Bukowno – Sosnowiec zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 437941-2016-PL (Dz.U./S S240) w dniu 13 grudnia 2016 r.

Informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz informacja o odrzuceniu oferty odwołującego – Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zostały mu przesłane w dniu 17 maja 2016 r.

W dniu 26 maja 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa 21.12.2016 r. udzielonego przez prokurenta oraz wiceprezesa zarządu ujawnionych i umocowanych do łącznej reprezentacji zgodnie z wydrukiem pełnym KRS-u.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec dokonanej przez zamawiającego w dniu 17 maja 2017 r. czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania oraz dokonanej przez zamawiającego w dniu 17 maja 2017 r. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dokonanej uprzednio w dniu 24 kwietnia 2017 r.).

Ww. czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy przez jego zastosowanie i w związku z tym odrzucenie oferty odwołującego z postępowania w sytuacji braku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego unieważnienia wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia, dokonanej przez zamawiającego w dniu 17 maja 2017 r., czynności odrzucenia odwołującego z postępowania, oraz
- unieważnienia, dokonanej przez zamawiającego w dniu 17 maja 2017 r., czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej (dokonanej uprzednio w dniu 24 kwietnia 2017 r.).

Ponadto, odwołujący wniósł o:

- przeprowadzenie dowodu z akt postępowania na okoliczność zaistniałego i opisanego poniżej stanu faktycznego niniejszej sprawy;
- przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka na okoliczność wskazaną w uzasadnieniu odwołania;
- zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego, na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 416/17) ponownej czynności badania i oceny ofert (z dnia 24 kwietnia 2017 r.) oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Następnie, zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania, co w konsekwencji skutkowało unieważnieniem wcześniejszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynności te powodują, iż odwołujący traci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i tym samym ponosi szkodę w postaci utraty zysku, jaki zamierzał osiągnąć z otrzymanego wynagrodzenia za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli niniejsze odwołanie zostałoby przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione, zamawiający zawarze z odwołującym umowę w sprawie zamówienia publicznego, której dotyczy postępowanie.

Zamawiający, na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 416/17), przeprowadził ponowną czynność badania i oceny ofert, w wyniku której dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Pismem z dnia 24 kwietnia 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, iż jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta odwołującego. Ponadto, pismem z dnia 24 kwietnia 2017 r. zamawiający wezwał Odwołującego do ponownego wniesienia wadium w Postępowaniu. Jako termin dostarczenia wadium został wyznaczony dzień 28 kwietnia 2017 r.

Odwołujący, za pismem przewodnim z dnia 28 kwietnia 2017 r. (035/2017) wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej (nr 5434 535 6245). Gwarancja bankowa złożona przez odwołującego spełniała wszystkie wymogi określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 11, str. 15 SIWZ). Jednakże, w treści dokumentu gwarancji omyłkowo został określony termin jej ważności 06 czerwca 2017 r. zamiast 09 czerwca 2017 r.

W związku z powyższym, odwołujący jeszcze przed upływem wyznaczonego przez zamawiającego terminu do złożenia wadium wystąpił do banku o wydanie aneksu do gwarancji bankowej, na mocy którego termin ważności tejże gwarancji zostanie przedłużony o odpowiedni okres.

W dniu 28 kwietnia 2017 r. został przez bank wydany aneks do gwarancji bankowej nr 5434 535 6245. Tego samego dnia odwołujący przekazał kopię tego odwołania Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą w Sosnowcu, który to podmiot prowadzi postępowanie w imieniu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Ponieważ tego dnia nie było już możliwości złożenia oryginału dokumentu w siedzibie ww. podmiotu (Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą w Sosnowcu) - z uwagi na pozostałą ilość czasu i odległość z Warszawy (siedziba odwołującego) do Sosnowca, odwołujący podjął próbę złożenia oryginału aneksu do

gwarancji bankowej w siedzibie samego zamawiającego w Warszawie (ul. Targowa 74). Pracownik zamawiającego (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A) nie wyraził jednak zgody na przyjęcie oryginału ww. aneksu.

Jako dowód powołał przesłuchanie świadka: Pani P.Z. - na okoliczność odmowy przez pracownika Zamawiającego (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A) zgody na przyjęcie oryginału ww. aneksu do dokumentu gwarancji bankowej.

Odwołujący stwierdził, iż wobec dostrzeżonej omyłki odwołujący podjął wszelkie możliwe środki celem zadośćuczynienia wezwaniu zamawiającego, jednakże złożenie oryginału wadium zostało uniemożliwione przez samego zamawiającego, mimo że to właśnie Polskie Linie Kolejowe S.A. jest zgodnie z punktem 11.13. SIWZ beneficjentem gwarancji wadialnej.

W dniu 17 maja 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej uprzednio w dniu 24 kwietnia 2017 r.

Z powyższą decyzją Zamawiającego Odwołujący nie zgadza się z następujących powodów.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku gwarancji bankowej przez ustanowienie wadium rozumieć należy doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się banku do wypłaty beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach, czego potwierdzeniem jest list gwarancyjny (dokument gwarancji), zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu, który pozwoli zamawiającemu powziąć wiadomość, że stał się wierzycielem - beneficjentem gwarancji, co jest warunkiem sine qua non skorzystania z praw przysługujących wierzycielowi.

W niniejszej sprawie powyższe miało miejsce, albowiem w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący złożył dokumenty, które pozwoliły Zamawiającemu powziąć wiadomość, że stał się wierzycielem - beneficjentem gwarancji (oryginał gwarancji bankowej + kopia aneksu). Gwarancja bankowa złożona przez Odwołującego spełniała wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 11, str. 15 SIWZ).

Jedynym zarzut, jaki zatem można by postawić czynności wniesienia wadium przez odwołującego jest brak dostarczenia oryginału aneksu do gwarancji w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Jednakże, po pierwsze, wymóg dysponowania oryginałem wadium przez zamawiającego należy rozpatrywać w kontekście powstania po stronie zamawiającego możliwości dochodzenia roszczeń z gwarancji. Wiąże się to z poglądem, jaki między innymi jest wyrażany w orzecznictwie, iż nie dysponowanie przez zamawiającego oryginałem dokumentu gwarancji bankowej powoduje stan niepewności co do ważności takiego sposobu

zabezpieczenia roszczeń z uwagi na możliwość zwrotu dokumentu gwarancji do gwaranta (w sytuacji, gdy taka podstawa wygaśnięcia ważności gwarancji bankowej została zawarta w jej treści).

Odwołujący zauważył, iż w literaturze przeważa pogląd, że gwarancja bankowa jest umową [taki pogląd prezentują m.in. G. Tracz, Umowa gwarancji (ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej), Kraków 1998, s. 200; A. Koch, w: J. Panowicz-Lipska (red.), System..., s. 615-617; M. Bączyk, w: S. Włodyka (red.), System..., s. 903; odmiennie J. Pisuliński, w: Prawo..., s. 332-333; M. Olechowski, Charakter prawny gwarancji bankowej, PiP 1997, z. 6, s. 72 i n.]. Głównym źródłem gwarancji bankowej jest umowa pomiędzy bankiem-gwarantem a beneficjentem gwarancji (zob. wyrok SN z 16 kwietnia 1996 r., II CRN 38/96, LexPolonica nr 309782, OSNC 1996, nr 9, poz. 122; zob. także wyrok SN z 20 grudnia 2012 r., I CKU 30/96, Lex nr 1095807, w którym SN uznał, że gwarancja bankowa jest pozakodeksową umową nazwaną, uregulowaną w prawie bankowym). (A. Kawulski, Prawo bankowe. Komentarz, LexisNexis, 2013, Wydanie I.).

Umowa gwarancji bankowej tworzy zatem stosunek prawny, w którym stroną zobowiązaną do świadczenia jest gwarant (bank), a podmiotem uprawnionym - beneficjent, czyli zamawiający. Należy więc stwierdzić, że jedynie podmiot uprawniony ze stosunku gwarancji może dysponować uprawnieniem wynikającym z tego stosunku prawnego, zatem tylko zwrot gwarancji dokonany przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego) może prowadzić do jej wygaśnięcia przed upływem okresu ważności, natomiast zwrot oryginału dokumentu przez wykonawcę (zleceniodawcę) pozostaje bez wpływu na byt stosunku prawnego nawiązanego w wyniku zawarcia umowy.

Dysponowanie oryginałem dokumentu nie wpływa zatem na ważność zabezpieczenia, jak i na możliwość zaspokojenia roszczeń przez beneficjenta gwarancji, tj. w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż w zaistniałym stanie faktycznym zamawiający miał pewność, iż na dzień 28 kwietnia 2017 r., tj. na dzień upływu terminu do wniesienia wymaganego wadium, ustanowione przez odwołującego wadium nie tylko dotyczyło pełnego okresu przedłużonego terminu związania ofertą, ale także nie wygasło na skutek zwrócenia oryginału dokumentu do gwaranta.

Aneks do gwarancji został bowiem wystawiony w dniu 28 kwietnia 2017 r. Jego kopia została przekazana zamawiającemu jeszcze tego samego dnia, natomiast oryginał - pierwszego następnego dnia roboczego (tj. 2 maja 2017 r.). Nie ma żadnych wątpliwości, iż dokument gwarancji nie został przez odwołującego zwrócony w okresie począwszy od 1 maja 2017 r. Nie mógł też zamawiający zakładać, iż odwołujący chciał zwrócić dokument gwarancji zaraz tego samego dnia po jego wystawieniu, skoro właśnie tego dnia podjął wszelkie możliwe - w

zaistniałych okolicznościach - środki mające na celu dostarczenie oryginału tego aneksu do zamawiającego. Jednakże to pracownik zamawiającego odmówił w tym dniu przyjęcia przedmiotowego dokumentu.

Hipotetyczne dokonanie zwrotu oryginału aneksu do banku nie wywarłoby żadnych skutków w odniesieniu do stosunku prawnego pomiędzy bankiem a zamawiającym. Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z treścią gwarancji skutek w postaci automatycznego wygaśnięcia gwarancji może wywołać jedynie zwrot samego dokumentu gwarancji, a nie aneksu do niej. Tym samym, nawet w przypadku ewentualnego zwrotu aneksu, gwarant (bank) pozostawałby w dalszym ciągu zobowiązany do dokonania zapłaty kwoty wskazanej w gwarancji przez cały okres terminu związania ofertą przez odwołującego, tj. także w terminie określonym w aneksie do gwarancji bankowej.

Ponadto w ocenie odwołującego nie można w niniejszej sprawie pomijać okoliczności, iż odwołujący dołożył wszelkich starań, aby złożyć wadium w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Odmowa przyjęcia wadium przez pracownika zamawiającego spowodowała, iż na dzień 18 kwietnia 2017 r. zamawiający był w posiadaniu oryginału gwarancji bankowej i kopii aneksu.

Odwołujący dysponuje oświadczeniem banku - wystawcy gwarancji, iż w dniu w którym upływał termin na ponowne wniesienie wadium zobowiązanie banku z tytułu udzielonej gwarancji wadialnej obejmowało nieprzerwanie pełen okres związania ofertą odwołującego. Jako dowód odwołujący powołał oświadczenie banku SEB z dnia 9 maja 2017

Powyższe oznacza, iż tego dnia zamawiający dysponował wiedzą, iż wadium zostało ustanowione na pełny okres terminu związania ofertą i że okoliczność ta nie mogła ulec zmianie - wobec faktu, iż skutek wygaśnięcia gwarancji mógłby nastąpić wyłącznie w wyniku zwrócenia (i to przez niego samego!) jedynie samej gwarancji, a nie aneksu do niej. Dla oceny zadośćuczynienia formie pisemnej dokumentu wadium znaczenie powinna mieć zatem wyłącznie forma samej gwarancji bankowej (a nie aneksu do niej), bo tylko ten dokument może stać się narzędziem, które wywoła skutek w postaci wygaśnięcia ważności gwarancji, jeżeli zostałby przez Zamawiającego zwrócony gwarantowi.

W konsekwencji, w ocenie odwołującego, w stanie faktycznym, jaki wystąpił w niniejszej sprawie, nie wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy.

Dodał, iż w wyniku wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., zakres dokumentów, które podlegają obowiązkowemu wezwaniu lub wyjaśnieniu przez zamawiającego został znaczenie poszerzony, albowiem w związku z treścią art. 26 ust. 3 ustawy procedurom tym podlegają wszelkie dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Za taki dokument należy zatem również uznać dokument wadium, bez

względu na to czy jest on składany wraz z ofertą czy na wezwanie zamawiającego na późniejszym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 5 czerwca 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie powołanych przez niego dowodów, zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego jest art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy zgodnie z którym zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W dniu 23 stycznia 2017r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono 10 ofert. Oferta odwołującego zabezpieczona była wadium Banku BGŻ BNP Paribas SA do maksymalnej wysokości 275 000zł. i została udzielona na okres od 23 stycznia do 24 kwietnia 2017r. W dniu 24 lutego 2017r. zamawiający dokonał wyboru oferty innego wykonawcy, od której to czynności odwołujący wniósł odwołanie w dniu 6 marca 2017r. Wyrokiem z dnia 23 marca 2017r. KIO uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego i dokonanie ponownej oceny ofert. Zamawiający zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy. Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał odwołującego do złożenia JEDZ dla firmy Elmontaż sp. z o.o., a także na podstawie art. 36 ust. 4 ustawy zwrócił się o wyjaśnienie dokumentów dotyczących Tratova strojni spolecnost a.s. tj. dlaczego nie przedłożono dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla tej firmy. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że uznał za najkorzystniejszą ofertę odwołującego i wezwał do ponownego wniesienia wadium na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy w terminie do dnia 28 kwietnia 2017r.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2017r. doręczonym zamawiającemu w dniu 28 kwietnia 2017r. odwołujący złożył gwarancję udzieloną przez Skandinaviska Enskilda Banken AB na kwotę 275 000zł. na okres od 25 kwietnia 2017r. do 6 czerwca 2017r. W dniu 28 kwietnia 2017r. do zamawiającego wpłynął też drogą elektroniczną skan aneksu do tej gwarancji, który wydłużał ważność gwarancji do 16 czerwca 2017r., oryginał tego dokumentu wpłynął do zamawiającego w dniu 2 maja 2017r. W dniu 17 maja 2017r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy odrzucił ofertę odwołującego, gdyż przepis ten każdorazowo nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, która została zabezpieczona wadium, wniesionym w sposób nieprawidłowy. Wbrew wywodom odwołania ustawa nakazuje wnieść wadium, a nie je ustanowić, tym samym

dysponowanie kopią aneksu gwarancji wadialnej nie może być zdaniem zamawiającego uznane za skuteczne wniesienie wadium zgodnie z przepisem art. 46 ust. 3 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, wezwania do złożenia wadium z dnia 24 kwietnia 2017r., gwarancji wadialnej złożonej zamawiającemu w dniu 28 kwietnia 2017r., aneksu do gwarancji z dnia 28 kwietnia 2017r., zeznań świadka P.Z. , informacji o wyniku postępowania z dnia 17 maja 2017r. pisma banku z dnia 9 maja 2017r.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że:

Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 275 000zł., które miało być wniesione przed upływem terminu składania ofert, a potwierdzeniem skutecznego wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna jest oryginał dokumentu wadialnego (gwarancji lub poręczenia). Dokument należy przekazać w następujący sposób: kserokopię należy dołączyć do oferty, dokumenty oryginalne dostarczyć w odrębnym opakowaniu wraz z ofertą. Wadium powinno zawierać nazwę i adres zamawiającego, oznaczenie (numer) postępowania, termin ważności wadium – odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z pkt. 16.1 IDW. Zamawiający miał zażądać ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu wadium zwrócono, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca miał wnieść wadium w terminie określonym przez zamawiającego. Beneficjentem gwarancji wadialnej jest PKP Polskie Linie Kolejowe SA ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa. Ustalono na podstawie rozdziału 11 siwz.

Termin związania ofert wynosił 60 dni i rozpoczął swój bieg w dniu 23 stycznia 2017r. ustalono na podstawie rozdziału 16 i 17 siwz. Miejscem składania i otwarcia ofert było PKP Polskie Linie Kolejowe SA Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski ul. 3 Maja 16, 41-200 Sosnowiec, na ten adres także miała być kierowana korespondencja pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym – rozdział 24 siwz.

Na str. 121-122 oferty odwołującego znajduje się wadium BGŻ BNP Paribas SA wystawione na kwotę 275 000zł. na okres od 23 stycznia 2017r. – 24 kwietnia 2017r. – okoliczność bezsporna.

W dniu 24 lutego 2017r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. firmy Stanisława Łukasiewicza ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z siedzibą w Żaganiu.

W dniu 1 marca 2017r. zamawiający zwrócił wadium odwołującemu.

W dniu 6 marca 2017r. odwołujący wniósł odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej.

W dniu 23 marca 2017r. Izba wydała wyrok, w którym nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie tej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert.

W dniu 23 marca 2017r. odwołujący samodzielnie przedłużył termin związania ofertą o 30 dni.

W dniu 31 marca 2017r. zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, na co odwołujący wyraził zgodę pismem z dnia 31 marca 2017r.

W dniu 10 kwietnia 2017r. zamawiający wzywał odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów, co odwołujący wykonał w dniu 20 kwietnia 2017r.

W dniu 24 kwietnia 2017r. (w ostatnim dniu ważności gwarancji odwołującego) zamawiający poinformował o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 24 kwietnia 2017r. zamawiający wezwał odwołującego do ponownego wniesienia wadium. Zamawiający wskazał, że oryginał wadium należało dostarczyć do zamawiającego tj. PKP Polskie Linie Kolejowe SA Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski na adres 41-200 Sosnowiec, ul. 3 Maja 16 pok. 1.18 w nieprzekraczalnym terminie do dnia 28 kwietnia 2017r.

W dniu 28 kwietnia 2017r. do zamawiającego wpłynął oryginał gwarancji wadialnej wystawionej w dniu 25 kwietnia 2017r. przez Skandinaviska Anskilda Banken AB (Spółka Akcyjna) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie na kwotę 275 000zł. i ważną od daty wystawienia do dnia 6 czerwca 2017r.

W dniu 28 kwietnia 2017r. ten sam bank wystawił aneks nr 1 do gwarancji wadialnej przedłużający termin ważności gwarancji do dnia 16 czerwca 2017r.

Aneks ten wraz z pismem przewodnim został przesłany w dniu 28 kwietnia 2017r. do zamawiającego drogą mailową, a w oryginale dotarł do zamawiającego w dniu 2 maja 2017r. W dniu 9 maja 2017r. gwarant złożył pisemne oświadczenie, że wystawiona przez niego gwarancja obejmuje nieprzerwanie okres od dnia 25 kwietnia 2017r. do 16 czerwca 2017r., co potwierdza treść gwarancji i treść aneksu.

W dniu 17 maja 2017r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, gdyż okres jej obowiązywania upływał w dniu 6 czerwca 2017r., a termin związania ofertą upływał w dniu 9 czerwca 2017r., zaś w terminie wyznaczonym przez zamawiającego do zamawiającego wpłynął jedynie skan aneksu nr 1, a oryginał wpłynął dopiero w dniu 2 maja 2017r.

Wedle oświadczenia zamawiającego na rozprawie pierwotny termin związania ofertą obejmował 23 stycznia – 23 marca 2017r. i uległ zawieszeniu na okres 17 dni (6 marca – wniesienie odwołania przez odwołującego do 23 marca 2017r. – wydanie wyroku przez Izbę), zatem na skutek zawieszenia pierwotny termin związania ofertą upłynął w dniu 9 kwietnia 2017r., przedłużony termin związania ofertą rozpoczął swój bieg 10 kwietnia 2017r. i upłynie w dniu 9 czerwca 2017r.

Izba oceniła te wyjaśnienia jako wiarygodne i znajdujące swoje odzwierciedlenie w zgromadzonym materiale dowodowym w postaci dokumentacji postępowania.

Izba dała także wiarę odwołującemu i zamawiającemu co do tego, że zamawiający informował odwołującego, że termin z ponowionej gwarancji wadialnej jest w jego ocenie zbyt krótki, oraz, że odwołujący podjął próbę doręczenia aneksu zamawiającemu w Warszawie, ul. Targowa 74.

W ocenie Izby stan faktyczny pomiędzy stronami jest bezsporny, sporna jest natomiast ocena prawna tego stanu.

Izba ustaliła, że do rozstrzygnięcia mają zastosowanie przepisy po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2017r. i przy tym ustaleniu dokonała ustalenia stanu prawnego:

Art. 26 ust. 3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 46. 1. Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego

oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

1a. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

2. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.

3. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.

4. Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Art. 85. 1. Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż:

- 1) 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) 90 dni - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza

wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro;

3) 60 dni - jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

2. Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

3. Odmowa wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 2, nie powoduje utraty wadium.

4. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

5. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Art. 89. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium;

Art. 184. Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 7b) ustawy przez jego zastosowanie i w związku z tym odrzucenie oferty odwołującego z postępowania w sytuacji

braku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego unieważnienia wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby z przedstawionego stanu prawnego jednoznacznie wynika, że wadium jest instytucją powiązaną z terminem związania ofertą i fakt, że może ono zabezpieczać różne interesy zamawiającego w zależności od etapu postępowania w ocenie Izby tego faktu nie zmienia. Odwołujący miał świadomość konieczności utrzymywania terminu związania, gdyż sam tej czynności dokonał bez wezwania ze strony zamawiającego w dniu 23 marca 2017r. Izba wzięła pod uwagę, że zawsze wadium zabezpieczało etap postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, przepis art. 45 ust. 4a ustawy jest przepisem wprowadzonym nowelizacją z dnia 4 września 2008r., zatem pierwotnie zamawiający mógł zatrzymać wadium tylko w przypadkach wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy, a te wszystkie dotyczyły czynności po wyborze oferty najkorzystniejszej. Z tego względu argumentacja odwołującego, że na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej następuje oderwanie wadium od terminu związania ofertą jest niesłuszna. Izba zwróciła uwagę, że jedynym przypadkiem kiedy ustawodawca nakazuje zamawiającemu podać wykonawcom termin, na jaki ma być wystawiona gwarancja i nie jest to termin związany bezpośrednio z terminem związania ofertą jest art. 184 ustawy, który dotyczy czynności jakie zamawiający ma podjąć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy toczy się postępowanie odwoławcze. Jednak ten przepis nie miał w niniejszym stanie faktycznym zastosowania, gdyż wybór oferty odwołującego nie następował w toku postępowania odwoławczego. Nadto w ocenie Izby przepis ten nie odrywa wadium od terminu związania ofertą, jedynie koresponduje z nieobowiązującym art. 94 ust. 1a ustawy, zgodnie z którym zamawiający mógł zawrzeć umowę po upływie terminu związania ofertą, o ile dokonał wyboru przed jego upływem i powiadomił o tym wykonawców, a wykonawca wybrany wyraził zgodę na zawarcie umowy oraz z postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010r. sygn. akt SK 22/08. Tym samym pojęcie „na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy” powinno być rozumiane w ten sposób, że okres ten nie może być krótszy niż termin związania ofertą, ale może być od niego dłuższy. W ocenie Izby, żaden z powołanych wyżej przepisów nie wyłącza treści art. 85 ust. 4 ustawy, który to przepis stanowi o wzajemnym powiązaniu wadium i terminu związania ofertą. Nie może być zatem w ocenie Izby tak, że oferta wykonawcy wybranego nie ma zabezpieczonego wadium na cały okres związania ofertą. Takie zabezpieczenie bowiem ma prowadzić do zawarcia umowy. Gdyby wykonawca nie miał wadium, to zamawiający nie dysponowałby sankcją za uchylanie się od zawarcia umowy. Sposób obliczenia terminu związania ofertą w ocenie Izby nie stanowi trudności dla profesjonalnego

wykonawcy zwłaszcza, że to on wywołał zawieszenie biegu terminu związania wnosząc odwołanie. W konsekwencji zatem odwołujący dysponował datą początkową biegu terminu związania 23 stycznia 2017r., okresem 60 dni związania wynikającym z siwz, wiedział kiedy nastąpiło zawieszenie i na ile dni. Były to dane wystarczające do obliczenia kiedy kończy się pierwszy termin związania. Wyrażając zgodę na przedłużenie terminu o kolejne 60 dni był w stanie ustalić upływ terminu związania. W ocenie Izby zatem miał dane niezbędne dla prawidłowego określenia czasu ważności gwarancji wadialnej. Przepis art. 46 ust. 3 ustawy nie nakazuje zamawiającemu wskazywania długości ważności dokumentu gwarancyjnego i brak takiego nakazu w ocenie Izby wynika właśnie z powiązania gwarancji z instytucją terminu związania ofertą. W ocenie Izby stan faktyczny sprawy wykazał, że w terminie określonym przez zamawiającego gwarancja wadialna złożona przez odwołującego zgodnie z rozdziałem 11 siwz w oryginale, była dokumentem nieprawidłowym, gdyż zawierała zbyt krótki termin ważności to jest termin nie obejmujący całego przedłużonego okresu związania ofertą. Termin związania ofertą upływał w dniu 9 czerwca 2017r., a gwarancja upływała w dniu 6 czerwca 2017r., co oznacza, że nie zabezpieczała zamawiający w sposób dostateczny. Zamawiający postawił wymóg oryginału dla dokumentu gwarancji wadialnej, a zatem takie wymóg obowiązywał także do aneksów tego dokumentu, a bezsporne jest, że na dzień 28 kwietnia 2017r. takim oryginałem zamawiający nie dysponował. W ocenie Izby art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej. Gdyby miał tu zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy, to wówczas analogicznie jak w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ustawodawca powinien był zawrzeć sformułowanie „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy”, czego nie uczynił. Zakładając zatem racjonalność ustawodawcy, Izba stanęła na stanowisku, że nawet w zmienionej rzeczywistości prawnej, dokument wadium nie podlega uzupełnieniu. Tym samym fakt, że do zamawiającego dotarł oryginał aneksu po określonym przez zamawiającego terminie, jak również fakt, że bank potwierdził wydłużony okres związania, nie ma wpływu na prawidłowość ustalenia zamawiającego, że gwarancja wadialna oryginalna złożona w określonym przez zamawiającego terminie była nieprawidłowa. Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt. 1 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 rozliczenia

(Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z kosztami zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł., kosztami dojazdu w łącznej kwocie 738zł., kosztami opłat skarbowych w łącznej kwocie 167,28zł., zgodnie ze złożonymi fakturami VAT.

Przewodniczący: