

WYROK
z dnia 23 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2014 r. przez wykonawcę: **ERBUD-RZESZÓW sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża ERBUD-RZESZÓW sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie**
i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ERBUD-RZESZÓW sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **ERBUD-RZESZÓW sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **3 500 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Budowa bloku operacyjnego II” wykonawca ERBUD-RZESZÓW sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 pkt 6 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty BEM-BUD. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
3. nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,
4. nakazania zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz nakazania odrzucenia oferty BEM-BUD sp. z o.o. jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu,
5. unieważnienia czynności zatrzymania wadium jako dokonanej bez podstawy faktycznej i prawnej.

Odwołujący zażądał także zobowiązania zamawiającego, powołując się na § 24 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (t.j. Dz. U. z 2014 roku poz. 964), do przedłożenia i okazania na rozprawie dokumentów postępowania nr PN 37/14 na zadanie pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie pawilonu dla potrzeb bloku operacyjnego oraz apteki szpitalnej” w zakresie SIWZ, pytań i odpowiedzi do SIWZ, złożonych ofert, dokumentów dołączonych do ofert, w tym oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z oferentami oraz czynności wyboru oferty na okoliczność braku żądania przez zamawiającego w postępowaniu 37/14 dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia i prowadzonym na podstawie identycznej co do zapisu pkt 10.3 SIWZ przedkładania jakichkolwiek ulotek informacyjnych, kart katalogowych itp. dokumentów związanych z załącznikami 5-8 SIWZ i jednocześnie braku żądania uzupełniania tego braku i niewskazanie tego braku jako podstawy odrzucenia którejkolwiek z ofert, w tym oferty odwołującego się i oferty BEM- BUD Sp. z o.o., a w konsekwencji na okoliczność nie żądania przedłożenia tych dokumentów przez zamawiającego zgodnie z SIWZ w obu tych postępowaniach, a w braku przedłożenia tych dokumentów odwołujący wnosi o uznanie powyższych okoliczności za przyznane przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł nadto o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów odwołania według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie wraz z rachunkami.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że pismem z dnia 14 listopada 2014 r. zamawiający zażądał uzupełnienia jego oferty o dokumenty wymagane w punkcie 10.3. SIWZ tj.:

1. dokumenty rejestracyjne dopuszczające do stosowania aparaturę, sprzęt medyczny do obrotu,
2. inne dokumenty dopuszczające do używania i stosowania sprzęt określony w Załącznikach nr 2-8 do SIWZ i dokumenty określone w tych załącznikach,
3. informacje producenta, strony katalogowe, ulotki informacyjne i/lub inne dokumenty, z których wynikać będzie, że oferowane sprzęty, aparatura spełnia wymagania zamawiającego (z uwzględnieniem zmian, wynikających z odpowiedzi na zapytania do SIWZ i zmian do SIWZ) dla zaoferowanych przez odwołującego się, w załącznikach nr 2-8, sprzętu, aparatury i wyposażenia bloku operacyjnego,

Wskazał, że w wyznaczonym terminie uzupełnił ofertę o dokumenty wymagane przez zamawiającego, tj. złożył:

1. dokument rejestracyjny lampy operacyjnej, gdyż – jak wyjaśnił odwołujący – zamawiający nie wymagał innego sprzętu medycznego,
2. dokumenty dopuszczające do używania i stosowania sprzętu określonego w załącznikach nr 2-4 do SIWZ, gdyż – jak wyjaśnił odwołujący – załączniki nr 5-8 do SIWZ nie zawierały wymogu dołączenia jakichkolwiek dokumentów; załączniki nr 5-8 dotyczą systemów (np. systemu CCTV), a nie sprzętu i wymagały złożenia jedynie oświadczeń, które zostały złożone wraz z ofertą,
3. informacje producentów, karty katalogowe (strony), ulotki informacyjne dla zaoferowanych, w załącznikach nr 2-8 do SIWZ, sprzętu, aparatury
4. wyjaśnienia w zakresie załącznika nr 2 rub. 9.

Odwołujący podał następnie, iż pismem z dnia 4 grudnia 2014 r. zamawiający ponownie – w ocenie odwołującego wbrew treści uzasadnienia oświadczenia o odrzuceniu oferty odwołującego – wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie załącznika nr 3 do oferty.

Zdaniem odwołującego wezwanie to pokrywało się zakresem z wezwaniem zawartym w piśmie zamawiającego z dnia 14 listopada 2014 r., czego – wedle odwołującego – jedynym logicznym wytłumaczeniem pozostaje przyjęcie, iż zamawiający nadal uznaje, z wyjątkiem elementu wskazanego w piśmie z dnia 4 grudnia 2014 r., ofertę odwołującego za

poprawną i odpowiadającą zarówno prawu jak i treści SIWZ, ponieważ w przeciwnym przypadku czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu odwołującego ponownie do złożenia wyjaśnień byłaby całkowicie sprzeczna z art. 26 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp.

Na tej podstawie odwołujący uznał, że zamawiający potwierdził, iż nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na skutek wadliwej realizacji przez odwołującego uprzedniego wezwania zamawiającego z dnia 14 listopada 2014 r., a tym samym, iż wykonawca w piśmie z dnia 17 listopada 2014 r. dokonał skutecznego uzupełnienia jej braków. Wyjaśnił, że zakłada racjonalność działania zamawiającego, a przede wszystkim zgodność tego działania z prawem, a tym samym przyjmuje, iż zamawiający uznał pozostałe wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 17 listopada 2014 r. za wystarczające, wyczerpujące i przekonujące (wnioskowanie *a contrario* z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Odwołujący, odnosząc się do treści wezwania z dnia 4 grudnia 2014 r. stwierdził, iż w załączniku nr 3 poz. 2 zamawiający zawarł katalog zamknięty dokumentów, jakie odwołujący się winien załączyć do oferty – są nimi deklaracja zgodności oraz certyfikat CE. Podał, że zamawiający dla wykazania spełniania przez oferowany produkt parametru minimalnego żądanego w rub. 11 załącznika nr 3 do SIWZ, a to współczynnika oddawania barw CRI min. 97 (treść rub. zmieniona odpowiedzią na pytania oferentów nr 42) za wystarczające uznał złożenie przez odwołującego oświadczenia o spełnianiu tego wymogu. Wskazał, że w odpowiedzi na zarzut zamawiającego, jakoby ze strony internetowej producenta zaoferowanych przez odwołującego się lamp wynikało, iż lampy posiadają współczynnik odwzorowania barw CRI 95, odwołujący się oświadczył, iż nie zna on treści strony WWW producenta i podniósł, że za nią nie odpowiada. Wskazał jednocześnie, iż zawarte na niej informacje nie stanowią informacji handlowej, tym samym treści na stronie tej zawarte nie mogą być relewantne dla jakiegokolwiek oceny spełniania bądź nie spełniania oferowanego parametru. Podkreślił, iż to żądanie zamawiającego (pismo 4.12.2014 r.) wykracza poza zakres żądania przedłożenia dokumentów określonych w SIWZ i nie znajduje normatywnej podstawy w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Niemniej jednak – podał odwołujący – wychodząc naprzeciw żądaniu zamawiającego złożenia wyjaśnień, co do treści złożonej oferty i zaoferowanego parametru lamp do sal operacyjnych wyjaśnił, iż oferowana lampa w najnowszej wersji oferowanej na rok 2015 czyli rok, w którym nastąpi zakup tych lamp przez odwołującego się celem ich montażu, posiada zgodnie z oświadczeniem dystrybutora tych lamp parametr CRI wynoszący 97. Odwołujący oświadczył, że dla wersji lamp STARLED5 i STARLED7 na rok produkcyjny 2015 producent nie sporządził jeszcze kart katalogowych, stąd – wyjaśnił – pozyskana przez odwołującego

informacja ze stron producenta, poza powyżej wskazaną argumentacją, nie dotyczy jednocześnie oferowanych przez odwołującego lamp.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią uzasadnienia podstawą do odrzucenia oferty odwołującego było wyłącznie nieuzupełnienie braków oferty, poprzez brak przedłożenia pozostałych dokumentów określonych w załącznikach 5,6,7,8 do SIWZ, gdy tymczasem wyjaśnienia złożone na skutek wezwania z dnia 4 grudnia 2014 r. dotyczyły – wedle odwołującego – wyłącznie dokumentów żądanych zgodnie z załącznikiem nr 3, co również przemawia, zdaniem odwołującego, za uznaniem przez zamawiającego dokonania tego uzupełnienia oferty przez odwołującego w sposób prawidłowy.

Analizując treść SIWZ odwołujący doszedł do wniosku, że postanowienie pkt 10.3. SIWZ jest nieprecyzyjne oraz niegrammatyczne, co w dużym stopniu utrudnia jego prawidłowe zrozumienie i zastosowanie – taki opis wymogów formalnych dla ofert stoi, w ocenie odwołującego – w sprzeczności z wytycznymi z art. 7 ustawy Pzp oraz w zakresie żądanych dokumentów z art. 36 pkt 6 ustawy Pzp.

Podniósł, że rolą wykonawcy składającego ofertę nie jest poddawanie postanowień SIWZ zabiegom interpretacyjnym w celu domyślenia się, co zamawiający miał na myśli, ani też „tropienie” lub „dedukowanie” z załączników do SIWZ, w którym miejscu zamawiający formułuje wymóg przedłożenia dokumentu, a w którym nie.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał (co – jak wyjaśnił – stanowi korelat wniosku dowodowego określonego w *petitum* odwołania do zobowiązania zamawiającego do przedłożenia części dokumentacji postępowania PN 37/14), iż zamawiający zaskarżone postępowanie prowadzi już po raz wtóry. Podał, że w pierwotnym postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia i prowadzonego w oparciu o identyczne co do pkt 10.3 SIWZ zamawiający nie żądał przedłożenia jakichkolwiek materiałów informacyjnych, w tym nie wzywał odwołującego do takiego uzupełnienia oferty. Wezwania takie nie były adresowane również do pozostałych oferentów. Na tej podstawie odwołujący uznał, że zgodnie już z samą interpretacją wymogów stawianych w SIWZ w stosunku do sposobu przygotowania ofert i wykazania warunków udziału w postępowaniu i cech spełnianych przez oferowane roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj sam zamawiający stał na stanowisku, iż SIWZ przedłożenia kart katalogowych, ulotek informacyjnych itp. nie wymaga. W przeciwnym przypadku zamawiający winien – wywodził odwołujący – żądać uzupełnienia tych dokumentów, a w razie braku tego uzupełnienia na tej podstawie (lub również na tej podstawie) oferty jako nie odpowiadające treści SIWZ odrzucić.

Odwołujący poddał jednak postanowienie pkt 10.3 SIWZ zabiegom interpretacyjnym (*a contrario* zasady *clara non sunt interpretanda*).

Podał, że zgodnie z tym postanowieniem dokumenty rejestracyjne dopuszczające do używania i stosowania sprzęt medyczny zostały dołączone, zaś jedynym sprzętem medycznym objętym przedmiotem zamówienia były lampy operacyjne (zał. 3), w odniesieniu do których odwołujący dokumentację uzupełnił. Dodał, że zamawiający nie wymagał innego sprzętu medycznego.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 10.3.2 SIWZ po wezwaniu uzupełnił dokumenty dopuszczające do używania i stosowania sprzęt określony w załącznikach nr 2-4 do SIWZ, gdyż załączniki nr 5-8 do SWIZ nie zawierały wymogu dołączenia jakichkolwiek dokumentów, ponieważ załączniki nr 5-8 dotyczą systemów (np. systemu CCTV, CCTVIP, SAP), a nie sprzętu oraz aparatury i wymagały złożenia jedynie oświadczeń, które zostały złożone przez odwołującego wraz z ofertą. Wyjaśnił, że wymagane oświadczenia zawarte były w tabelach stanowiących integralną część załączników 5-8 i ograniczały się do wskazania w poszczególnych rubrykach parametrów oferowanych, nie gorszych niż wymagane przez zamawiającego. Wskazał, że zamawiający nie zgłaszał jakichkolwiek zastrzeżeń co do sposobu wypełnienia tych załączników, sposobu ich wypełnienia, nie stanowiło to również podstawy do odrzucenia oferty odwołującego się, stąd też sposób ich wypełnienia – uznał zamawiający – pozostaje poza zakresem postępowania jako irrelevantny dla oceny zaskarżonej odwołaniem czynności zamawiającego.

Odwołujący – w odniesieniu do pkt. 10.3.3 SIWZ – podał, że zamawiający żądał przedłożenia informacji producentów, kart katalogowych (stron), ulotek informacyjnych dla zaoferowanych, w załącznikach nr 2-8 do SIWZ, sprzętu, aparatury. Wskazał, iż załączniki 5-8 SIWZ nie dotyczyły jakiegokolwiek sprzętu bądź też aparatury, a przedmiotem ich były wyłącznie systemy, tym samym – podniósł odwołujący – skoro zamawiający w pkt. 10.3 SIWZ wymagał przedłożenia ulotek, informacji itp. materiałów wyłącznie dla sprzętu i aparatury, to dla tego oczekiwania brak jest odpowiedniego desygnatu w załącznikach 5-8 SIWZ, co oznacza, że odwołujący nie został zobowiązany do złożenia ulotek informacyjnych, kart katalogowych itp. w stosunku do systemów określonych w załącznikach 5-8, a wyłącznie w stosunku do sprzętu i aparatury (jeśli takowa występowała).

W ocenie odwołującego okoliczność, iż załączniki te nie zawierały ani sprzętu, ani też aparatury wynika po pierwsze z nagłówek tych załączników każdorazowo posługujących się określeniem „system”, a nie np. „zestawienie wymaganej aparatury”, „zestawienie wymogów dla oferowanej aparatury” lub innym określeniem równoważnym, a po drugie w treści tych załączników zamawiający nie posługuje się pojęciem sprzęt lub aparatura – tym samym jasnym dla odwołującego jest, iż sformułowany przez zamawiającego wymóg

okoliczności tej nie dotyczy. Przemawia za tym nadto wykładnia językowa – formułując wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia złożonej oferty zamawiający winien trzymać się ściśle treści SIWZ i nie jest w żadnej mierze uprawniony do modyfikacji lub uzupełniania treści SIWZ, w tym wymogów stawianych treści lub załącznikom do oferty. Przyznanie zamawiającemu takiego uprawnienia powodowałoby – wskazał odwołujący – trudne do zaakceptowania konsekwencje w postaci różnych warunków stawianych poszczególnym oferentom i składanym przez nich ofertom, a tym samym w pierwszej kolejności prowadziłoby do nieporównywalności ofert, w drugiej zaś w sposób rażąco naruszało uczciwa konkurencję (art. 7 ustawy Pzp).

Podniósł, że zamawiający jest zobowiązany do precyzyjnego formułowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, przez wskazanie konkretnie.

Wskazując, że system to układ elementów mających określoną strukturę i stanowiący logicznie uporządkowaną całość, aparatura to zespół przyrządów, narzędzi i instrumentów przeznaczony do wykonywania określonych prac, zaś sprzęt to przedmiot użytkowy, stwierdził, że ich językowe znaczenie w sposób dobitny wskazuje na inne zakresy znaczeniowe oraz brak znaku równości między systemem z jednej strony a sprzętem i aparaturą z drugiej.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż odwołujący nie zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego i tak nie powinien z uwagi na brak precyzji, lakoniczność i ogólnikowość wezwania ponosić tego negatywnych konsekwencji (zgodnie z zasadą *in dubio pro proferentem*).

Odwołujący wskazał, iż dokonując odrzucenia jego oferty zamawiający winien przedstawić wyczerpującą argumentację zarówno faktyczną, prawną, jak i dokonać odpowiedniej subsumpcji, a nie jedynie ograniczyć się, co jest niewystarczające, li tylko do powołania się na normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podał, że zamawiający nie wskazał w ogóle dlaczego i w jaki sposób załączona przez odwołującego do oferty dokumentacja nie spełnia wymogu określonego przez zamawiającego w SIWZ, co pozbawia odwołującego możliwości podjęcia efektywnej obrony, przesłanki bowiem, którymi kierował się zamawiający przy odrzuceniu oferty odwołującego pozostają na chwilę wniesienia odwołania w znacznej mierze wyłącznie w sferze domysłów odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że braki oferty były podstawą do próby zatrzymania przez zamawiającego wadium. Podał, że w ramach procedury likwidacyjnej oceny zgodności złożonej oferty z SIWZ dokonywał ubezpieczyciel i ocena ta wykazała zgodność zarówno oferty jak i jej uzupełnienia z SIWZ, jak i wezwaniem Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził również, iż w przedmiotowym postępowaniu zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy BEM - BUD sp. z o.o. i do odrzucenia oferty tego wykonawcy, ponieważ nie dokonał przedłużenia związania ofertą lecz bez zachowania niezbędnej ciągłości zarówno wadium jak i okresu związania ofertą, co skutkuje jednocześnie nieskutecznością czynności tego wykonawcy polegającą na przedłużeniu związania ofertą.

Podał, że BEM - BUD sp. z o.o. do pierwotnej oferty przedłożył gwarancję wadialną z okresem obowiązywania do dnia 23 listopada 2014 r. (gwarancja nr 280000099160), która kolejnymi aneksami przedłużana była wyłącznie do dnia 28 listopada 2014 r., a następnie za pismem z dnia 28 listopada 2014 r. wykonawca przedłożył gwarancję wadialną z okresem obowiązywania do dnia 28 grudnia 2014 r. (aneks nr 3), dokonując jednocześnie w tym piśmie z dnia 28 listopada 2014 r. przedłużenia okresu związania ofertą.

Odwołujący podał, że wykonawca BEM-BUD sp. z o.o. powiadomił zamawiającego o przedłużeniu wadium dopiero pismem z dnia 28 listopada 2014 r. wysłanym drogą pocztową, co odwołujący uznał na tej podstawie, iż w aktach postępowania brak potwierdzenia przyjęcia tego dokumentu na dziennik podawczy zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że pomiędzy okresami ustanowionego wadium pojawiła się przerwa, a także, że skoro ustawa uzależnia skuteczność czynności przedłużenia związania ofertą od skutecznego przedłużenia wadium, to do skutecznego przedłużenia związania ofertą nie doszło, co oznacza, że oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu, a sam wykonawca wykluczeniu z postępowania.

Wskazał, iż dla zapewnienia ciągłości związania ofertą i zapewnienia ciągłości wadium konieczne byłoby dostarczenie *in casu* do zamawiającego oświadczenia BEM-BUD sp. z o.o. najpóźniej w dniu 28 listopada 2014 r. w taki sposób, iżby zamawiający mógł się z nim zapoznać (tj. w godzinach pracy zamawiającego), a także w tym dniu winien być do zamawiającego dostarczony oryginał gwarancji. Tymczasem – wywodził odwołujący – na piśmie znajdującym się w oryginale w aktach postępowania brak jest jakiegokolwiek potwierdzenia jego wpływu do zamawiającego mogącego świadczyć o złożeniu tego pisma na dzienniku podawczym, co przemawia za nadaniem go w dniu 28 listopada 2014 r. drogą pocztową. Zdaniem odwołującego ciężko przypuszczać, że oświadczenie takie mogłoby jednocześnie zostać nadane w dniu 28 listopada 2014 r. i dojść do zamawiającego we wskazanej dacie 28 listopada 2014 r. tak, by zachować pełną ciągłość zarówno wadium jak i zabezpieczenia.

Odwołujący podniósł nadto, że przedłożona przez BEM-BUD sp. z o.o. gwarancja również co do formy nie odpowiada wymogom określonym w SIWZ i ustawie – za pismem wysłanym w dniu 28 listopada 2014 r. BEM-BUD sp. z o.o. dołączył kopię gwarancji

ubezpieczeniowej wadialnej na dalszy okres, co – stwierdził odwołujący – niezależnie od wcześniejszej argumentacji świadczy o braku złożenia zabezpieczenia w formie zgodnej z SIWZ, a tym samym o braku skutecznego przedłużenia okresu związania ofertą i konieczności wykluczenia wykonawcy BEM-BUD sp. z o.o., ale także o sprzeczności oferty z SIWZ i w konsekwencji o konieczności jej odrzucenia.

Odwołujący stanął na stanowisku, odwołując się do funkcji gwarancji, a przede wszystkim do postanowienia pkt 18.4.4 lit a i b SIWZ, że gwarancja winna być przedłożona w oryginale, a nie poświadczonej przez wykonawcę kopii, ponieważ kopia gwarancji nie gwarantuje tego, iż wykonawca nie zwróci jej do ubezpieczyciela ze skutkiem wygaśnięcia gwarancji, a nadto w razie odmowy wypłaty przez gwaranta nie zapewnia zamawiającemu skutecznej możliwości dochodzenia roszczenia przed sądem. Dodał, że w postępowaniu cywilnym bowiem co do zasady załącznikiem do pozwu winien być oryginał dokumentu, natomiast jeśli załączono jego uwierzytelnioną zgodnie z odrębnymi przepisami kopię i tak na żądanie drugiej strony lub sądu winien być, pod rygorem skutków prawnych, przedłożony oryginał.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo z dnia 22 grudnia 2014 r.), a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Ze względu na to, że istnienie po stronie składającego odwołanie wykonawcy interesu w uzyskaniu zamówienia stanowi badaną z urzędu, materialnoprawną przesłankę rozpoznania odwołania, skład orzekający Izby w pierwszej kolejności zbadał, czy odwołujący legitymuje się w przedmiotowym postępowaniu takim interesem.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołującemu nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania, ponieważ brak po stronie odwołującego interesu, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Próbując wykazać swój interes w uzyskaniu zamówienia odwołujący stwierdził w odwołaniu, że jego interes został naruszony przez zamawiającego w sposób oczywisty – podniósł, że uwzględniając jedyne kryterium określone przez zamawiającego dla wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. najniższą cenę, a także przytoczoną w odwołaniu argumentację przemawiającą za niezasadnością odrzucenia oferty odwołującego i koniecznością wykluczenia wykonawcy, któremu zaskarżoną czynnością zamawiający udzielił zamówienia, odwołujący zachowuje możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wskazał, że

odrzućenie oferty skutkowało uniemożliwieniem uczestnictwa w postępowaniu przetargowym, zaś zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy BEM-BUD sp. z o.o. skutkowało tym, że oferta odwołującego się nie została uznana za najkorzystniejszą, co pozbawiło odwołującego możliwości realizacji zamówienia i osiągnięcia planowanego zysku, a za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu z mocy prawa z udziału w postępowaniu.

Z powyższego uzasadnienia odwołującego wynika, że aby oferta odwołującego mogła zostać wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza konieczne jest nie tylko przywróćenie oferty odwołującego (unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego), ale także niezbędne jest wyeliminowanie z przedmiotowego postępowania przetargowego wykonawcy BEM-BUD sp. z o.o. (wykluczenie tego wykonawcy/odrzućenie oferty tego wykonawcy), ponieważ wykonawca BEM-BUD sp. z o.o. (bezsporne) zaoferował w swojej ofercie cenę niższą niż cena ofertowa odwołującego, a cena stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, co także nie było sporne, że przedmiotowe postępowanie przetargowe to tzw. postępowanie podprogowe, tj. o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co oznacza, że wykonawca ma prawo składać odwołanie wobec enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp czynności zamawiającego, tj.

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania ocenę,
2. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. odrzucenia oferty odwołującego.

Jak z wynika ze wskazanego katalogu, o ile odwołującemu przysługuje prawo wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia jego oferty, o tyle nie przysługuje mu prawo wniesienia odwołania wobec czynność wyboru oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej, tj. wyboru oferty wykonawcy BEM-BUD sp. z o.o., czy też wobec zaniechania wykluczenia innego wykonawcy lub odrzucenia jego oferty.

Brak możliwości skutecznego zakwestionowania przez odwołującego przed Izłą zaniechania zamawiającego polegającego czy to na wykluczeniu, czy to na odrzuceniu oferty wybranego wykonawcy BEM-BUD sp. z o.o. oznacza jednocześnie, że nawet uwzględnienie przez skład orzekający Izby odwołania w dopuszczalnym zakresie, tj. dotyczącym odrzucenia

oferty odwołującego nie doprowadzi do wyboru oferty odwołującego i uzyskaniu przez niego zamówienia. Tym samym uznać należy, że brak jest możliwości, w wyniku wniesionego odwołania, doprowadzenia do zmiany czynności wyboru oferty wykonawcy BEM-BUD sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej, co przesądza o braku po stronie odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania.

Jedynie dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że złożone odwołanie nie doprowadziło do zmiany stanowiska zamawiającego w zakresie dotyczącym zgodności działań zamawiającego z przepisami ustawy Pzp w przypadku oferty wykonawcy BEM-BUD sp. z o.o. – zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie uznał trafności zarzutu wobec tegoż wykonawcy, podnosząc jednocześnie iż „stan przedstawiony przez odwołującego jest niezgodny z rzeczywistością”. Zamawiający oświadczył bowiem, że „Wykonawca BEM-Bud Sp. z o.o. z Wrocławia wraz z ofertą złożył Zamawiającemu oryginały i kopie gwarancji wadialnej wraz z 2 aneksami z terminami 21.10.2014r.-28.11.2014r. – kserokopie tych dokumentów, załączając do oferty (ostatnie strony oferty BEM-BUD SP. z o.o.). W dniu 28 listopada br Bem-Bud Sp. z o.o. bezpośrednio na ręce Zamawiającego złożył oświadczenia o przedłużeniu okresu związania oraz aneks nr 3 do gwarancji wadialnej przedłużający wadium do 28 grudnia 2014r w oryginale – pieczętka „wpłynęło bezpośrednio do sekcji zamówień publicznych w dniu 28.11.2014r. podpis osoby przyjmującej””.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby pozostawił zarzuty odwołania bez rozpoznania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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: