

Sygn. akt: KIO 484/14

WYROK
z dnia 28 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2014 r. przez wykonawcę **ColosseoEAS a.s. w Bratysławie, Słowacja**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Miasta S.A. w Krakowie**

przy udziale wykonawców **J..... N.....** oraz **Z..... N.....**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **TDC Polska s.c. w Pile**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ColosseoEAS a.s. w Bratysławie, Słowacja** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ColosseoEAS a.s. w Bratysławie, Słowacja** tytułem wpisu od odwołania.

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 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 – Agencja Rozwoju Miasta S.A. w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa tablic wyników do hali Kraków Arena”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 stycznia 2014 r. poz. 29162.

W dniu 7 marca 2014 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej wykonawcę ColosseoEAS a.s. w Bratysławie, Słowacja, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców J..... N..... oraz Z..... N....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą TDC Polska s.c. w Pile, zwanych dalej „przystępującym”.

W dniu 12 marca 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium podczas gdy odwołujący wniósł wadium dostarczając gwarancję bankową spełniającą wszelkie wymagania przepisów ustawy Pzp i zamawiającego,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie dostarczył wymaganego certyfikatu FIBA, podczas gdy odwołujący dostarczył certyfikat tej organizacji potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie, tzn. przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu lub uznana jest za odrzuconą, na tej podstawie, że odwołujący został wykluczony, podczas gdy tymczasem nie zachodziły podstawy wykluczenia odwołującego;
- 4) w konsekwencji, naruszenie art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego, polegających na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,

2) dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp podniósł, że zamawiający w toku postępowania nie prezentował stanowiska jakie zajął ostatecznie w ramach wyboru ofert. Mianowicie, pismem z dnia 20 lutego 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do odpowiedzi na pytanie, czy złożona gwarancja bankowa obejmuje przypadki określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Na to pytanie odwołujący - w terminie - udzielił odpowiedzi twierdzącej. W tym kontekście, podjęcie późniejszej decyzji o wykluczeniu odwołującego jest niezrozumiałe i narusza zasady równego traktowania i poszanowania uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ustawy Pzp. Wskazał, że przepisy prawa nie przesądzają dokładnej treści gwarancji bankowej (w tym wypadku wadialnej). Każdy bank stosuje własne wzorce gwarancji, od których w zasadzie nie odstępuje. W niniejszej sprawie, co istotne, gwarancja została wystawiona przez bank słowacki, na podstawie międzynarodowych reguł ICC, a nie na podstawie prawa polskiego. Jest zatem niezwykle istotne aby mieć na uwadze, iż dla celów interpretacji postanowień gwarancji bankowej nie można pomijać reguł ICC, W świetle tychże reguł gwarancja ma w pełni zastosowanie do sytuacji opisanej w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp a zatem zamawiający będzie w pełni zabezpieczony i będzie mógł z gwarancji skorzystać w sytuacji, także gdyby oferta odwołującego została wybrana a odwołujący nie zawarł umowy lub nie dostarczył zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający wskazał dokument (certyfikat FIBA) mający potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W trakcie postępowania nie doszło do zmiany wymogów w tym zakresie, a jedynie wyjaśnień, natomiast odwołujący złożył dokument spełniający wymogi zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J..... N..... oraz Z..... N....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TDC Polska s.c. w Pile. Wnieśli o oddalenie odwołania. Przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia

SIWZ, odpowiedź zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ z 5 lutego 2014 r., ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty i uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu z 20 lutego 2014 r., pismo odwołującego z 26 lutego 2014 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania i uzasadnienie faktyczne wykluczenia odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z postępowania. Natomiast oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza była - na podstawie kryteriów oceny ofert – ofertą mniej korzystną od oferty złożonej przez odwołującego. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy wykluczył odwołującego z postępowania, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakim muszą się legitymować wykonawcy, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wskazał w pkt 5.2 SIWZ, iż uzna ten warunek za spełniony jeśli wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował przynajmniej jedną dostawę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu, dostarczeniu oraz zainstalowaniu

tablicy wyników do hali sportowej i uzyskaniu dla niej certyfikatu FIBA 1,2,3 (Międzynarodowej Federacji Koszykówki).

Wskazał, że w celu wykazania tak opisanego warunku wykonawcy obowiązani są złożyć:

- 1) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt 6.1.2. SIWZ),
- 2) Kopię Certyfikatu(ów) FIBA 1,2,3 (Międzynarodowej Federacji Koszykówki) dla tablic wymienionych w Wykazie wykonanych dostaw (pkt 6.1.3. SIWZ).

W dniu 5 lutego 2014 r., w odpowiedzi na pytanie nr 20 jednego z wykonawców o treści: „Czy poprzez zapis certyfikat FIBA 1 należy rozumieć CERTIFICATE OF APPROVAL FIBA Level 1 (zgodnie z przepisami OFFICIAL BASKETBALL RULES - BASKETBALL EQUIPMENT – do przeprowadzenia oficjalnych zawodów pod auspicjami FIBA wymagany jest sprzęt posiadający CERTIFICATE OF APPROVAL dla odpowiedniego poziomu, umożliwiający używanie logotypu FIBA)?” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Tak. Zamawiający wymaga by tablice wyników posiadały certyfikat FIBA 1 (Certificate of approval Fiba level 1), zgodnie z przepisami Official Basketball Rules - Basketball Equipment”.

Pismem z dnia 26 lutego 2014 r. odwołujący złożył wykaz dostaw, w którym wskazał na doświadczenie w dostawie systemu kontrolnego LED, pomiaru czasu i statystyki, certyfikowanego zestawu sprzętu sportowego do koszykówki na rzecz Steel Arena, posiadającego certyfikat Fiba 1,2,3.

Do oferty odwołujący załączył „Associate Agreement” wydany w lipcu 2013 r. dla Monogram Technologies s.r.o., odnoszący się do systemu wideo dla poziomu 1,2,3. Wskazano w nim, że przedsiębiorca nie jest uprawniony do używania logotypu FIBA.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 20 lutego 2014 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia:

- a) certyfikatu FIBA 1 (certificate of approval FIBA level 1) dla tablic, o którym mowa w pkt 6.1.3 SIWZ i odpowiedzi nr 20 lub innego dokumentu FIBA potwierdzającego spełnianie przez wykonawcę wymogu w zakresie certyfikatu Fiba 1 – umożliwiającego zamawiającemu przeprowadzenie z wykorzystaniem zaoferowanych tablic zawodów najwyższej rangi m.in. Mistrzostw Świata i Europy oraz Igrzysk Olimpijskich,

- b) wykazu wykonanych dostaw wraz z dowodami, że dostawy wymienione w wykazie dostaw stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z pkt 6.1.2. SIWZ.

Zamawiający wskazał, że w ofercie odwołującego brak jest ww. dokumentów, są one niekompletne lub zostały złożone w niewłaściwej formie.

Pismem z dnia 26 lutego 2014 r. odwołujący złożył wykaz dostaw, w którym wskazał na doświadczenie w dostawie systemu kontrolnego LED, pomiaru czasu i statystyki, certyfikowanego zestawu sprzętu sportowego do koszykówki na rzecz Steel Arena, posiadającego certyfikat Fiba 1,2,3. Złożył referencje zleceniodawcy dostaw z 15 stycznia 2014 r.

Załączono korespondencję mailową prowadzoną pomiędzy Panem M..... V..... a Panią K..... S..... w dniach 19 – 24 lutego 2014 r. , w którym Pani K..... S..... pisze „zapytuje Pan, czy Wasz system możecie stosować podczas imprez Fiba. Potwierdzam, że jeśli wszystkie informacje zostaną wyświetlone na Waszych systemach wideo tak, jak prezentowano je na standardowych tablicach wyników, to wszystko jest w porządku”.

Do pisma załączono ponownie „Associate Agreement” wydany w lipcu 2013 r. dla Monogram Technologies s.r.o., odnoszący się do systemu wideo dla poziomu 1,2,3. Wskazano w nim, że przedsiębiorca nie jest uprawniony do używania logotypu Fiba.

Ustalono nadto, że w pkt 8.1. SIWZ wskazano, że wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości: 25 000,00 złotych. W pkt 8.5 SIWZ zastrzeżono, że w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył wraz z ofertą gwarancję bankową z 7 lutego 2014 r. wystawioną przez VUB Banka w Bratysławie. W treści wskazano, że bank w związku z przetargiem prowadzonym przez zamawiającego opublikowanym na stronie internetowej pod numerem referencyjnym ARM/01/2014NR z 24 stycznia 2014 r., wystawia swoją nieodwołalną gwarancję bankową i nieodwołanie zobowiązuje się do wypłacenia zamawiającemu jakiegokolwiek kwoty do maksymalnie 6.000 euro po przyjęciu pierwszego wezwania do zapłaty w formie pisemnej. Wskazano, że w wezwaniu zamawiający musi podać, że oferent „nie dopełnił swoich zobowiązań w stosunku do Was w myśl oferty przetargowej i musicie bliżej specyfikować niedotrzymane zobowiązania”. Wskazano w gwarancji, że podlega ona regulacjom legislatywy Republiki Słowackiej i opiera się na „jednolitych zasadach dla gwarancji bankowych realizowanych na wezwanie”, publikacja Międzynarodowej Izby Handlowej nr 758”.

Pismem z dnia 20 lutego 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia czy przedłożona w ofercie gwarancja bankowa obejmuje również przypadki określone w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący pismem z dnia 26 lutego 2014 r. oświadczył, że gwarancja bankowa obejmuje wszystkie przypadki przewidziane ustawą Pzp, w tym przypadki wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niewniesienia przez odwołującego wadium.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Przypomnienia wymaga, że w myśl powołanych przepisów zamawiającemu przysługuje prawo zatrzymania wadium w następujących sytuacjach:

- 1) jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp),
- 2) jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 3) jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 4) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy Pzp).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i Sądów okręgowych opisanie zabezpieczonego rezultatu niekoniecznie musi nastąpić poprzez przywołanie numerów przepisów ustawy Pzp. Wystarczające jest określenie wynikających z ww. przepisów czterech okoliczności, które uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium. Dopuszczalne jest również odesłanie do ustawowych przesłanek zatrzymania wadium

opisanych w innych dokumentach, jednakże odesłanie to powinno być jasne, pewne, niebudzące wątpliwości oraz nierodzące podstaw do wątpliwości interpretacyjnych. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Nie ulega również wątpliwości, że określenie warunków zapłaty gwarancji bankowej w sposób węższy aniżeli ustawowe warunki zatrzymania wadium powoduje, że gwarancja bankowa nie może być uznana za prawidłowe ustanowienie wadium.

Powyższe wymogi odnośnie obligatoryjnej treści gwarancji bankowej odnośnie „zabezpieczonego rezultatu” trafnie opisał zamawiający w pkt 8.5 SIWZ. W postanowieniu tym wskazano, że „w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.”.

W ocenie Izby ww. wymogów odnośnie warunków możliwości zabezpieczenia się z gwarancji nie spełnia gwarancja bankowa złożona przez odwołującego wraz z ofertą. Z gwarancji bankowej wystawionej w dniu 7 lutego 2014 r. przez VUB Banka w Bratysławie wynikało, że gwarant zobowiązał się do zapłaty kwoty na wypadek gdyby „oferent nie dopełnił swoich zobowiązań w stosunku do Was w myśl oferty przetargowej i musicie bliżej sprecyzować niedotrzymane zobowiązania”. Izba wzięła pod uwagę, że sformułowanie „zobowiązania w myśl oferty przetargowej” jest sformułowaniem rodzącym poważne wątpliwości interpretacyjne, które w treści gwarancji nie zostało w żadne sposób doprecyzowane i w konsekwencji dyskwalifikowało złożoną gwarancję. Powyższe skutkowało koniecznością wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu niewniesienia wadium.

Jeśliby spojrzeć do czego w myśl złożonej oferty zobowiązał się wykonawca to należałoby wskazać na następujące zobowiązania:

- 1) do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ za określoną cenę,
- 2) wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 9 tygodni,
- 3) udzielenia gwarancji na okres 60 miesięcy (pkt 1 formularza ofertowego).

Z kolei z pkt 2 formularza ofertowego wynikało zobowiązanie odwołującego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych wyżej, w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego (pkt 2 formularza ofertowego).

Przy najbardziej korzystnej dla odwołującego interpretacji ww. stanu faktycznego można byłoby uznać, że skoro zobowiązał się do „zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w terminie i w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego (pkt 2 formularza)”, to

zabezpieczony jest jedynie rezultat w postaci odmowy podpisania umowy (art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp).

Z całą pewnością jednak zobowiązaniem wyływającym z oferty odwołującego nie było uzupełnienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp). Z faktu złożenia oferty przez wykonawcę nie wynika obowiązek uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponieważ treść oferty nie kreuje takiego zobowiązania z pewnością nie zostało zagwarantowane zamawiającemu ustawowe prawo zatrzymania wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Nadto, w ocenie Izby, zobowiązaniem wynikającym z oferty odwołującego, w myśl formularza ofertowego, nie było również wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp).

Powyższych ustaleń nie zmieniał fakt, że gwarancja bankowa została wydana przez bank słowacki zgodnie z jednolitymi zasadami dla gwarancji bankowych realizowanych na wezwanie Międzynarodowej Izby Handlowej nr 758. Odwołujący, który powołał się na ten fakt zaniechał przedstawienia Izbie tekstu ww. zasad. Izba nie mogła zatem przeanalizować treści ww. zasad przy interpretacji gwarancji bankowej.

Tym samym Izba podtrzymuje dotychczasowe stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby i Sądów Okręgowych co do konieczności wyraźnego, jasnego i konkretnego określenia w gwarancji wszystkich przypadków uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, które do orzecznictwo trafnie zostało przywołane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i przez przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Z ostatnich orzeczeń Sądów Okręgowych prezentujących ww. pogląd należy wskazać na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13 (dostępny na stronie internetowej uzp.gov.pl), w którym wskazano, że „nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów Pzp oraz że gwarancja może odwoływać się do innego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane, jednakże to odesłanie musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości”.

Jednocześnie nietrafne było powoływanie się przez odwołującego na wyrok Izby w wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1530/12. Stan faktyczny w tamtej sprawie był bowiem zupełnie nieadekwatny do analizowanego w tej sprawie. Do oferty załączono gwarancję bankową w której gwarant wyraźnie określił, iż gwarancja zabezpiecza roszczenia zamawiającego względem wykonawcy wynikające z treści SIWZ dot. przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w części dotyczącej wadium. Co istotne okoliczności, w których zamawiający zatrzyma wadium podane w rozdz. 7 pkt 7 SIWZ dokładnie odpowiadały ustawowej przesłance zatrzymania wadium wskazanej w art. 46 ust.

4a Pzp, natomiast przypadki zatrzymania wadium opisane w rozdz. 7 pkt 11 ppkt. 1-3 SIWZ odpowiadały regulacji art. 46 ust. 5 ustawy.

Zatem, w przeciwieństwie do analizowanej sprawy, w sprawie o sygn. akt KIO 1530/12 w gwarancji bankowej znajdowało się jasne i konkretne nawiązanie do roszczeń zamawiającego o zatrzymanie wadium roszczeń. Natomiast jedynie w zakresie treści tych roszczeń następowało odesłanie do SIWZ, która powieliała wymogi ustawowe z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania wskutek niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 5.2 SIWZ.

Z pkt 5.2 SIWZ wynikało jednoznacznie, że aby ubiegać się o zamówienie wykonawca musi posiadać wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Sprecyzowano, że zamawiający uzna ten warunek za spełniony jeśli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował przynajmniej jedną dostawę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu, dostarczeniu oraz zainstalowaniu tablicy wyników do hali sportowej i uzyskaniu dla niej certyfikatu FIBA 1,2,3 (Międzynarodowej Federacji Koszykówki).

Określono również dokumenty, jakie należało złożyć aby ten warunek spełnić. Jednym z tych dokumentów, które należało złożyć był certyfikat FIBA 1,2,3 (Międzynarodowej Federacji Koszykówki) dla tablic wymienionych w wykazie wykonanych dostaw (pkt 6.1.3. SIWZ). Dostrzeżenia wymagało, że postanowienie pkt 6.1.3 SIWZ w zakresie wymaganego certyfikatu FIBA zostało przez zamawiającego doprecyzowane w toku postępowania. W odpowiedzi na pytanie nr 20 z 5 lutego 2014 r. zamawiający przesądził w sposób jednoznaczny, że chodzi mu o certyfikat FIBA pod nazwą CERTIFICATE OF APPROVAL FIBA Level 1 (zgodnie z przepisami OFFICIAL BASKETBALL RULES - BASKETBALL EQUIPMENT). Nie ulega również wątpliwości, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby i sądów okręgowych, prawidłowo przywołanego w odpowiedzi na odwołanie i zgłoszeniu przystąpienia, odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ stają się wiążące dla wykonawców i stanowią jej element.

Zatem, w świetle ww. odpowiedzi na pytanie nr 20 nie ulegało żadnej wątpliwości, że wykonawcy obowiązani byli legitymować się doświadczeniem w wykonaniu, dostarczeniu oraz zainstalowaniu tablicy wyników do hali sportowej i uzyskaniu dla niej certyfikatu pod nazwą certificate of approval FIBA level 1, a nie żadnego innego. W tej sytuacji odwołujący, jeżeli uważał, że wymóg zamawiającego jest nadmierny, miał prawo wniesienia w

stosownym terminie wynikającym z art. 182 ustawy Pzp odwołania wobec opisu warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Skoro odwołujący ze swego prawa nie skorzystał i nie doprowadził do modyfikacji warunku, to obowiązany był do wymogu zamawiającego się zastosować, czego jednak, zdaniem Izby, nie uczynił.

Dostrzeżenia wymagało bowiem, że odwołujący ani w ofercie ani w odpowiedzi wezwaniu przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 20 lutego 2014 r., nie złożył zamawiającemu żądanego dokumentu. W ofercie i przy swym piśmie z 26 lutego 2014 r. złożył jedynie dokument pod nazwą „ASSOCIATION AGREEMENT”, nie będący żądanym przez zamawiającego certyfikatem. Nie było spornym pomiędzy stornami, a co wynikało również z porównania treści obu rodzajów dokumentów (association agreement z oferty odwołującego oraz certificate of approval z oferty przystępującego i drugiego wykonawcy, który złożył ofertę, a przedstawionych na rozprawie), association agreement wydawany jest podmiotom stowarzyszonym z FIBA, zaś certificate of approval - partnerom FIBA, przy czym jak wskazywał sam odwołujący status partnera można nabyć dopiero po 3 latach stowarzyszenia. Po drugie association agreement – jak wynikało z jego treści - nie daje prawa do posługiwania się logotypem FIBA, w przeciwieństwie do certificate of approval, z którego treści takie prawo wynika.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie ocenił, iż odwołujący nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.2. SIWZ w sposób żądany przez zamawiającego. Wykonawca nie wykazał bowiem, aby posiadał doświadczenie w wykonaniu przynajmniej jednej dostawy polegającej na zaprojektowaniu, wykonaniu, dostarczeniu oraz zainstalowaniu tablicy wyników do hali sportowej i uzyskaniu dla niej certyfikatu certificate of approval FIBA level 1.

Reasumując zatem Izba stwierdziła, że odwołujący zasadnie został przez zamawiającego wykluczony z postępowania tak na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zaś jego ofertę – w świetle art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - zasadnie traktowano jak odrzuconą. W konsekwencji wybierając ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą zamawiający nie naruszył art. 91 ustawy Pzp, gdyż była to oferta najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: