Sygn. akt: KIO 2113/18

WYROK
z dnia 25 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 r. przez wykonawcę: **SOLIDEX S.A., ul. Sosnowiecka 75, 31-345 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Atende S.A., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **SOLIDEX S.A., ul. Sosnowiecka 75, 31-345 Kraków** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę

15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SOLIDEX S.A., ul. Sosnowiecka 75, 31-345 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 2113/18

Uzasadnienie

Zamawiający: Poczta Polska S.A., z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „Sprzedaż wraz z akcesoryjnymi świadczeniami urządzeń typu Firewall". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 143-295526 w dniu 28 lipca 2017 r.

W dniu 4 października 2018 r. Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty – tj. oferty Atende S.A. z siedzibą w Warszawie oraz o odrzuceniu oferty SOLIDEX S.A. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp.

Wykonawca SOLIDEX S.A. wniósł odwołanie wobec:

1)odmowy przyjęcia przez Zamawiającego w dniu 3.07.2018 r. ważnej oraz kompletnej oferty Odwołującego,

2)odrzucenia w dniu 4.10.2018 r. oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

1)art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego równych szans przy składaniu ofert, arbitralną odmowę przyjęcia oferty Odwołującego w dniu 3.07.2018 r., co skutkowało uniemożliwieniem złożenia przez Odwołującego poprawnej pod względem formalnym oferty w dniu 4.07.2018 r., ponieważ Odwołujący dysponował tylko jednym egzemplarzem Gwarancji Bankowej Przetargowej (wadialnej) oraz naruszenie zasady przejrzystości przy składaniu przez Odwołującego oferty w dniu 3.07.2018 r., ponieważ Zamawiający nie podał przyczyny odmowy przyjęcia oferty Odwołującego,

2)art. 97 oraz art. 61 § 1 K.c. w zw. z art. 14 ust 1 Pzp, poprzez odmowę odebrania przesyłki zawierającej ofertę Odwołującego przez Zamawiającego w dniu 3.07.2018 r., w sytuacji gdy przesyłka była prawidłowo zaadresowana na adres wskazany w Rozdziale XI pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przy czym osoba znajdująca się pod wskazanym adresem była uprawniona do odbioru ww. przesyłki, a pomimo to odmówiła przyjęcia przesyłki zawierającej ofertę Odwołującego oraz poprzez uznanie przez Zamawiającego, że przedmiotem oceny wymogów formalnych jest oferta Odwołującego złożona w dniu 4.07.2018 r., w sytuacji gdy Odwołujący złożył kompletną ofertę (zawierającą

oryginał Gwaranci Bankowej) już w dniu 3.07.2018 r,

3)art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu załączenia do oferty z dnia 4.07.2018 r. kopii Gwarancji Bankowej Przetargowej (wadialnej), w sytuacji, gdy w wyniku działania Zamawiającego (odmowy odebrania poprawnej i kompletnej oferty w dniu 3.07.2018 r. zawierającej oryginał Gwarancji Bankowej), Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu złożenie poprawnej i kompletnej oferty przetargowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że odrzucenie jego oferty, która była najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych ofert, uniemożliwiło mu wygranie przetargu, a tym samym doprowadziło do powstania u Odwołującego szkody.

Odwołujący wskazał, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania powziął w dniu 4 października 2018 r., kiedy to Zamawiający przesłał mu drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty – tj. oferty Atende S.A. oraz o odrzuceniu oferty Solidex S.A.

Zgodnie z treścią Rozdziału XI pkt 1 SIWZ, ofertę należało złożyć w siedzibie Zamawiającego przy ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa - Sekretariat Pionu Infrastruktury (piętro 1) do dnia 4 lipca 2018 r. do godziny 14:00 i zaadresować zgodnie z opisem przedstawionym w Rozdziale X SIWZ.

Zgodnie z treścią Rozdziału VIII pkt 5 SIWZ, wniesienie wadium w formie poręczenia lub gwarancji następuje poprzez załączenie do oferty oryginału dokumentu.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 2.07.2018 r. wysłał kurierem przesyłkę zawierającą kompletną pod względem formalnym oraz poprawną ofertę przetargową, która zawierała oryginał Gwarancji Bankowej Przetargowej (wadialnej). Przesyłka kurierska z ofertą została wydana kurierowi w dniu 2.07.2018 r. o godzinie 15:07. W zleceniu kurierskim wydano dyspozycję, aby przesyłka była doręczona do dnia 03.07.2018 r. do godziny 12:00. Koperta zawierająca ofertę była wyraźnie oznaczona, jako OFERTA i zaadresowana na adres: Poczta Polska Sekretariat Pionu Infrastruktury ul. Rodziny Hiszpańskich 8 00-940 Warszawa.

Z informacji otrzymanej przez Odwołującego ze strony „śledzenie przesyłek DHL" wynika, że odbiorca (Zamawiający) odmówił odebrania przesyłki w dniu 3.07.2018 r. Informacja o nieodebraniu przez Zamawiającego przesyłki zawierającej ofertę dotarła do Odwołującego w dniu 4.07.2018 r. Odwołujący zarejestrował interwencję w firmie kurierskiej pod numerem 0005369/07/18 (zgłoszona 4.07.2018 r. o godzinie 10:34) oraz mając na uwadze okoliczność, że termin zgłoszenia ofert w przetargu upływa w dniu 4.07.2018 r. o godzinie 14:00, ponownie wydrukował ofertę oraz złożył ponownie ofertę w dniu 4.07.2018 r. u Zamawiającego osobiście. Ponieważ oryginał gwarancji bankowej przetargowej znajdował się w tym momencie w firmie kurierskiej, do ww. oferty dołączył kopię gwarancji wadialnej.

Ponieważ zgłoszenie interwencji do firmy kurierskiej o ponową próbę doręczenia odbyło się w dniu 4.07.2018 r. firma kurierska nie próbowała doręczyć przesyłki do odbiorcy po raz drugi w tym dniu i zwróciła przesyłkę wraz z ofertą zawierającą oryginał gwarancji bankowej do nadawcy czyli do Odwołującego w dniu 4.07.2018 r.

W dniu 5.07.2018 r. Odwołujący otrzymał informację o otwarciu ofert, w której Odwołujący widniał na 1 miejscu z najniższą ceną.

W dniu 27.08.2018 r. Odwołujący został poinformowany o wydłużeniu terminu związania ofertą do dnia 31.10.2018 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu aneks nr 1 do Gwarancji Bankowej Przetargowej (wadialnej) z dnia 18.09.2018 r. w oryginale.

W dniu 4.10.2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp, z uwagi na fakt, że oferta na dzień 4.07.2018 r. (dzień otwarcia ofert) nie zawierała oryginalnego dokumentu gwarancji bankowej, ale jej kopię.

Zarzut nr 1 - naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp,

Odmowa przyjęcia przez Zamawiającego przesyłki zawierającej ofertę Odwołującego (przesyłka była poprawnie zaadresowana oraz zawierała widoczne oznaczenie w postaci naklejki, że w środku zawarta jest OFERTA przetargowa) stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ pozbawia Odwołującego prawa do udziału w postępowaniu i złożenia oferty. Zapisy SIWZ nie zawierają informacji, że oferta może być złożona jedynie osobiście i że nie będą przyjmowane oferty nadesłane pocztą (przesyłki kurierskie). Działania Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za dyskryminujące Odwołującego. Odmowa przyjęcia przesyłki kurierskiej zawierającej ofertę w dniu 3.07.2018 r. stanowi również pogwałcenie zasady przejrzystości, ponieważ Odwołujący nie uzyskał wiedzy, na jakiej podstawie Zamawiający odmówił w dniu 3.07.2018 r. przyjęcia oferty.

Zarzut nr 2 - naruszenie art. 97 k.c., art. 61 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust 1 Pzp

Zgodnie z wymogami zawartymi w Rozdziale XI pkt 1 SIWZ, ofertę należało złożyć w siedzibie Zamawiającego przy ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa - Sekretariat Pionu Infrastruktury (piętro 1). Przesyłka z ofertą Odwołującego zawierała ww. adres. Odwołujący wysyłając ofertę na wskazany w SIWZ adres, na podstawie art. 97 k.c. mógł mieć pewność, że Sekretariat Pionu Infrastruktury Zamawiającego jest właściwym miejscem do złożenia oferty,

oraz, że nikt z jego pracowników nie może odmówić przyjęcia przesyłki. Zdaniem Odwołującego, datą złożenia przez Odwołującego poprawnej pod względem formalnym oferty (zawierającej oryginał Gwarancji Bankowej) jest 3.07.2018 r. Twierdzenia Zamawiającego o braku formalnym oferty w postaci złożenia kopii Gwarancji Bankowej Przetargowej nie mogą zostać uznane za słuszne, ponieważ już w dniu 3.07.2018 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę przetargową wraz z oryginałem Gwarancji Bankowej i na zasadzie art. 61 § 1 k.c. Zamawiający miał możliwość zapoznania się z tym dokumentem w dniu 3.07.2018 r. Tak więc na dzień otwarcia ofert (4.07.2018 r.) oferta Odwołującego nie zawierała braków formalnych i nie powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp.

Zarzut nr 3 - naruszenie art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp

Jak wykazano w opisie Zarzutu nr 2, Odwołujący skutecznie, to jest z dniem 3.07.2018 r. złożył Zamawiającemu ofertę zawierającą oryginał dokumentu Gwarancja Bankowa Przetargowa (Wadialna). Zamawiający oceniając w dniu 4.10.2018 r. oferty wykonawców, nie mógł zatem stwierdzić, że oferta Odwołującego zawiera braki formalne w postaci kopii Gwarancji Bankowej (skoro oryginał tego dokumentu został skutecznie złożony w dniu 3.07.2018 r.). Mając więc na uwadze treść art. 89 ust 1 pkt 7 b Pzp, Zamawiający nie mógł odrzucić tej oferty z powodu braku wniesienia wadium lub wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy. Odwołujący wypełnił w tym względzie wymogi SIWZ oraz art. 45 ust 6 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w toku postępowania otrzymał od niego oryginał Aneksu nr 1 z dnia 18 września 2018 r. do Gwarancji Bankowej Przetargowej (wadialnej), przy czym, wysyłając do Odwołującego pismo z dnia 27.08.2018 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą, nie wskazywał, że po stronie Odwołującego istnieją jakiekolwiek braki formalne w zakresie Gwarancji Bankowej. Gdyby bowiem miał w tym zakresie jakiekolwiek wątpliwości, winien wezwać Odwołującego do ich uzupełnienia.

Wykonawca Atende S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 25 października 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie odmowy przyjęcia przez Zamawiającego w dniu 3 lipca 2018 r. oferty Odwołującego, jako wniesionego po terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, dla której to czynności termin na wniesienia odwołania upłynął w dniu 14 lipca 2018 r. oraz o oddalenie odwołania w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego jako niezabezpieczonej wadium na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Z ostrożności procesowej Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, przy jednoczesnym pominięciu zarzutów dotyczących odmowy przyjęcia przez Zamawiającego oferty Odwołującego w dniu 3 lipca 2018 r. jako spóźnionych w świetle art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego, w przedmiotowej sprawie ocenie może podlegać wyłącznie czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, której otwarcia Zamawiający dokonał w dniu 4 lipca 2018 r., a która to oferta nie została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z rozdziałem VIII pkt 5 SIWZ „Wniesienie wadium w formie poręczeń lub gwarancji następuje poprzez załączenie do oferty oryginału dokumentu".

Odwołujący do złożonej oferty dołączył jedynie kopię gwarancji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w dniu 3 lipca 2018 r. nie nastąpiło doręczenie przez Odwołującego, samodzielnie czy też za pośrednictwem kuriera, oferty Zamawiającemu do miejsca wskazanego w SIWZ, tj. Poczta Polska S.A. Sekretariat Pionu Infrastruktury w godzinach pracy Zamawiającego 8.00-16.00. Jedyną ofertę Odwołującego jaką Zamawiający otrzymał, a następnie dokonał jej otwarcia, jest oferta otrzymana w dniu 4 lipca 2018 r. Tylko tę ofertę Zamawiający może oceniać, a nie hipotetyczną ofertę, z której zawartością się nie zapoznał. Zamawiający nie mógł w sposób dorozumiany zapoznać się z treścią rzekomej oferty w dniu 3 lipca 2018 r., bowiem zgodnie z art. 86 ust. 1 Pzp, z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu ich otwarcia, co w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 4 lipca 2018 r.

W ofercie, która została publicznie otwarta została załączona kserokopia gwarancji bankowej, czego Odwołujący nie kwestionuje i w związku z tą okolicznością Zamawiający dokonał odrzucenia oferty. Za bezzasadne należy uznać twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia braków związanych z oryginałem gwarancji bankowej, stanowiącej wadium, z uwagi na fakt, iż przepisy Pzp nie przewidują konwalidacji wadliwie wniesionego wadium. Oświadczenia banku zawierające zobowiązanie zapłaty, w świetle art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe, powinno zostać złożone na piśmie pod rygorem nieważności. W świetle dyspozycji art. 78 § 1 k.c. do zachowania pisemnej formy udzielenia gwarancji bankowej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Wniesienie wadium w postaci zabezpieczenia zapłaty (gwarancji lub poręczeń) nie stanowi oświadczenia woli wykonawcy o jego ustanowieniu, a jest jedynie czynnością polegającą na realnym przekazaniu (złożeniu) dokumentu zawierającego takie

oświadczenie banku, kierowane do Zamawiającego. Stąd też wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej powinno obejmować przekazanie dokumentu gwarancji w takiej formie, w jakiej zostało ustanowione przez bank — gwaranta, tj. w formie oryginału dokumentu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony
i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Atende S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołanie wniesione w zakresie czynności odmowy przyjęcia przez Zamawiającego w dniu 3 lipca 2018 r. ważnej oraz kompletnej oferty Odwołującego, należy uznać za spóźnione, ponieważ zostało wniesione po upływie ustawowego terminu wynikającego z art. 182 ust. 3 Pzp. Podniesione wobec tej czynności zarzuty naruszenia:
- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego równych szans przy składaniu ofert oraz arbitralną odmowę przyjęcia oferty Odwołującego w dniu 3 lipca 2018 r. oraz naruszenia zasady przejrzystości przy składaniu przez Odwołującego oferty w dniu 3 lipca 2018 r.;
- art. 97 oraz art. 61 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust 1 Pzp, poprzez odmowę odebrania przez Zamawiającego przesyłki zawierającej ofertę Odwołującego w dniu 3 lipca 2018 r., w sytuacji gdy przesyłka była prawidłowo zaadresowana na adres wskazany w Rozdziale XI pkt 1 SIWZ oraz poprzez uznanie, że przedmiotem oceny wymogów formalnych jest oferta Odwołującego złożona w dniu 4 lipca 2018 r., w sytuacji gdy Odwołujący złożył kompletną ofertę zawierająca oryginał Gwarancji Bankowej w dniu 3 lipca 2018 r.,
stosownie do brzmienia art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako podniesione po upływie ustawowego terminu, nie podlegały rozpoznaniu.

Odwołujący jednoznacznie wskazał, że przesyłka kurierska z ofertą została nadana przez Odwołującego w dniu 2 lipca 2018 r. z dyspozycją doręczenia jej do Zamawiającego do dnia 3 lipca 2018 r. do godziny 12:00. Odwołujący potwierdził, że informacja o nieodebraniu przez Zamawiającego przesyłki zawierającej ofertę dotarła do Odwołującego w dniu 4 lipca 2018 r. oraz w tym dniu Odwołujący ponownie złożył do Zamawiającego osobiście nową ofertę. Jednak, co było również niesporne, oferta ta zawierała jedynie kopię gwarancji bankowej przetargowej, ponieważ oryginał gwarancji znajdował się w ofercie, znajdującej się wówczas w firmie kurierskiej.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 i 2 Pzp., odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto łub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Przepis art. 182 ust. 1 Pzp, dotyczy czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawcę, natomiast ust. 2 dotyczy czynności polegających na sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 182 ust. 3 Pzp określa zatem termin do wniesienia odwołania wobec czynności innych niż wskazane w art. 182 ust. 1 i 2 Pzp. Taką czynność właśnie stanowi odmowa przyjęcia przez Zamawiającego w dniu 3 lipca 2018 r. oferty Odwołującego (lub inaczej - zaniechanie przyjęcia oferty), którą zaskarżył on w odwołaniu wniesionym w dniu 15 października 2018 r.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia o wartości powyżej tzw. progów unijnych – wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, to odwołanie stosownie do art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Wniesienie odwołania wobec czynności odmowy przyjęcia oferty przez Zamawiającego w dniu 3 lipca 2018 r., o której Odwołujący powziął informację, zgodnie z twierdzeniami podnoszonymi w odwołaniu - w dniu 4 lipca 2018 r., powinno nastąpić najpóźniej w dniu 14 lipca 2018 r.

Odwołujący nie zaskarżył czynności odmowy przyjęcia oferty w terminie określonym
w ustawie, czyli w ciągu 10 dni od momentu powzięcia informacji o tym, że oferta wysłana przez niego pocztą kurierską

nie została przyjęta przez Zamawiającego, tj. od dnia 4 lipca 2018 r. Podkreślić przy tym należy, że Odwołujący, pomimo posiadania tej informacji nie podjął także jakiejkolwiek próby wyjaśnienia tej sytuacji z Zamawiającym przed terminem składania ofert w dniu 4 lipca 2018 r., tym bardziej, że miał taką możliwość, ponieważ, jak sam wyjaśnił, składał w tym dniu osobiście ponowną ofertę. Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, co potwierdził też na rozprawie, że do chwili wniesienia przedmiotowego odwołania nie miał żadnej wiedzy o istnieniu innej oferty Odwołującego niż ta, która została złożona w dniu 4 lipca 2018 r.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu załączenia do oferty z dnia 4 lipca 2018 r. kopii Gwarancji Bankowej Przetargowej (wadialnej), w ocenie Izby jest niezasadny.

W żadnym razie nie można przyjąć, że „Odwołujący skutecznie, to jest z dniem 3.07.2018 r. złożył Zamawiającemu ofertę zawierającą oryginał dokumentu Gwarancja Bankowa Przetargowa (Wadialna)", bowiem oferta ta realnie nie wpłynęła do Zamawiającego. Zasady obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasada pisemności, wymaga, aby oferta w określonej prawem formie w sposób określonyw SIWZ została złożona do zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Tylko oferta faktycznie złożona do Zamawiającego może podlegać dalszym czynnościom, w tym otwarciu, badaniu i ocenie.

Oferta, która nie została skutecznie doręczona do Zamawiającego (niezależnie od okoliczności, które to spowodowały), nie bierze udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – nie może podlegać ocenie. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 86 ust. 1 Pzp, z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu do ich otwarcia, co w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 4 lipca 2018 r.

Jedyną ofertę Odwołującego, którą Zamawiający otrzymał przed upływem terminu składania ofert w dniu 4 lipca 2018 r., a następnie dokonał jej otwarcia, jest oferta, którą Odwołujący doręczył osobiście do Zamawiającego w dniu 4 lipca 2018 r., i która bezspornie nie zawierała oryginału gwarancji bankowej. Oferta złożona przez Odwołującego w dniu 4 lipca 2018 r. została publicznie otwarta w tym dniu o godz. 14.00 wraz z dwiema pozostałymi ofertami złożonymi w tym postępowaniu przez innych wykonawców. Z czynności otwarcia ofert został sporządzony przez Zamawiającego protokół.

W ofercie złożonej przez Odwołującego została załączona kserokopia gwarancji bankowej, co przyznał Odwołujący na rozprawie. Okoliczność polegająca na braku złożenia oryginału gwarancji bankowej stanowiła podstawę odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Biorąc pod uwagę zarówno wymogi SIWZ – postanowienie zawarte w Rozdziale VIII pkt 5 SIWZ – „wniesienie wadium w formie poręczenia lub gwarancji następuje poprzez załączenie do oferty oryginału dokumentu", jak i brzmienie obowiązujących przepisów, wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej powinno obejmować przekazanie przez wykonawcę Zamawiającemu dokumentu gwarancji w takiej formie, w jakiej gwarancja została ustanowiona przez bank — gwaranta, tj. w formie oryginału dokumentu. Oświadczenia banku zawierające zobowiązanie zapłaty, w świetle art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe powinno zostać złożone na piśmie pod rygorem nieważności. Stosownie zatem do art. 78 § 1 k.c., dokument ten powinien zawierać własnoręczny podpis osoby składającej oświadczenie woli w imieniu banku. Prawidłowo wniesione wadium (inne niż pieniężne) ma na celu zabezpieczenie wniesionej oferty – a tym samym zabezpiecza interes Zamawiającego, gwarantując wyegzekwowanie ustalonej w danym postępowaniu kwoty wadium, a zatem kopia gwarancji bankowej, potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, nie spełnia wymogów prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium.

Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do uzupełnienia braku w postaci niezałączenia do oferty oryginału gwarancji bankowej wadialnej. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują bowiem możliwości konwalidacji nieprawidłowo wniesionego wadium.

Podkreślić należy, że dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji lub poręczenia nie są dokumentami, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które to dokumenty mogą podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Mając więc na uwadze dyspozycję art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp, Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę złożoną przez Odwołującego, z uwagi na fakt, że wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

……