

Sygn. akt: KIO 2227/13  
KIO 2229/13

**WYROK**  
z dnia 1 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2013 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 września 2013 r. przez wykonawcę **pro-beam systems GmbH, Weststrasse 31, D-0922 Neukirchen/Chemnitz, Niemcy,**
- B. w dniu 18 września 2013 r. przez wykonawcę **Messer Eutectic Castolin Sp. z o.o. ul. Robotnicza 2, 44-100 Gliwice**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Instytut Spawalnictwa, ul. bł. Czesława 16/18, 44-100 Gliwice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Technika Spawalnicza Sp. z o.o. ul. Babimojska 11, 60-161 Poznań i Aquasium Technology Ltd. Cambridge, Waterbeach, 43 Pembroke Avenue Denny Industrial Estate, Wielka Brytania** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2227/13 i KIO 2229/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala oba odwołania,**

- 2. kosztami postępowania obciąża pro-beam systems GmbH w sprawie o sygn. KIO 2227/13 oraz Messer Eutectic Castolin Sp. z o.o. w sprawie o sygn. KIO 2229/13 i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez pro-beam systems GmbH tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Messer Eutectic Castolin Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.3. zasądza od pro-beam systems GmbH na rzecz Instytutu Spawalnictwa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 2.4. zasądza od Messer Eutectic Castolin Sp. z o.o. na rzecz Instytutu Spawalnictwa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący: .....**

**Sygn. akt: KIO 2227/13**

**KIO 2229/13**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Instytut Spawalnictwa w Gliwicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę elektronowego urządzenia do spawania i modyfikowania powierzchni” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 lipca 2013 r. pod numerem 2012/S 147-255391. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### Odwołanie sygn. KIO 2227/13

17 września 2013 r. odwołujący – pro-beam systems GmbH z siedzibą w Neukirchen Chemnitz, Niemcy wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 i art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, mimo iż złożona gwarancja przetargowa (gwarancja bankowa) odpowiada przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniom punktu 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (instrukcji dla wykonawców),

2. art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 81 i 84 ustawy Prawo bankowe i art. 65 kodeksu cywilnego poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na arbitralnym uznaniu, że przedłożona przez odwołującego gwarancja bankowa jest niekompletna, podczas gdy właściwa analiza oświadczenia woli banku-gwaranta pozwala na przyjęcie, że treścią gwarancji objęte jest bezwarunkowe jednostronne oświadczenie banku, że ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz zamawiającego na jego pierwsze wezwanie we wszystkich przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 81 ustawy Prawo bankowe i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, preferujący dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców krajowych dysponujących polskimi gwarancjami bankowymi czy ubezpieczeniowymi, polegające na uznaniu, że informacja w treści gwarancji o poddaniu

jej regulacjom prawa niemieckiego jest dla zamawiającego niekorzystna i miałyby potwierdzać fakt niekompletności wadium,

4. art. 91 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie sprawdzenia, czy przedłożone w postępowaniu tłumaczenie treści gwarancji bankowej odpowiada oryginałowi, a ponadto sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego do wykluczenia odwołującego z postępowania bez analizy dołączonych przez niego dokumentów i stanu faktycznego sprawy, co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu poprzez wskazanie („przygotowujący opinie nie dysponują wiedzą dotyczącą oferty złożonej przez tego wykonawcę”), oraz niekompletność uzasadnienia odrzucającego ofertę odwołującego poprzez brak doręczenia załączników do opinii pomimo wskazywania ich w treści uzasadnienia,

5. naruszenie art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Technika Spawalnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Aquasium Technology Ltd. z siedzibą w Cambridge, Wielka Brytania, pomimo że pro-beam systems GmbH jest ofertą korzystniejszą z uwagi na najniższą cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu powtórnej oceny złożonych ofert,
4. wybór oferty Pro-beam systems GmbH jako najkorzystniejszej,
5. zasądzenie na rzecz odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów ustanowienia pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez bank Sparkasse Chemnitz z siedzibą w Niemczech, na kwotę odpowiadającą wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia i spełniającą wszelkie wymogi ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uznał jednak, że przedłożona gwarancja jest niekompletna, bowiem nie zawiera wprost wysłownego zapisu o treści art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę. Odwołujący nie zgadza się z tym rozstrzygnięciem.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu

związania ofertą. Zdaniem odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym żadna z tych przesłanek nie zachodzi.

Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnych szczególnych regulacji dotyczących formy i treści gwarancji bankowej. Instytucję tę reguluje przepis art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, zgodnie z którym gwarancja bankowa jest jednostronnym zobowiązaniem banku-gwaranta, że po spełnieniu przez uprawniony podmiot (beneficjenta gwarancji) wymaganych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone oznaczonymi w umowie dokumentami, które winny być dołączone do wezwania do zapłaty, wystawionego przez beneficjenta w stosownej formie, bank wykona zobowiązanie pieniężne.

Wykonawca przedstawił gwarancję banku sporządzoną na piśmie, bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie, a także opiewającą na wymaganą kwotę, zatem spełniającą wymogi zawarte w art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 81 Prawa bankowego oraz punkcie 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wskazał w treści gwarancji bankowej zapisów, które podważałyby bezwarunkowość tej gwarancji, tym samym nie wykazał, iż złożona przez odwołującego gwarancja pozbawia go prawa do skutecznego żądania zapłaty należności do wysokości 114.000 zł.

Zamawiający nieprawidłowo ustalił, że gwarancja banku w Chemnitz nie stanowi prawidłowo wniesionego wadium, co pozwala na wykluczenie skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niewniesienia wadium w sytuacji, gdy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określono w sposób jednoznaczny, jaka ma być treść gwarancji bankowej. Ponadto dla oceny skuteczności wniesionego wadium rozstrzygające jest to, czy cel ustanowienia wadium, tj. zabezpieczenie roszczeń zamawiającego przez konkretne wadium zostało dokonane. Gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, co oznacza, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać z brzmienia gwarancji.

Właściwa analiza oświadczenia woli banku w nim zawarta tj.: „upon receipt of your first written demand (...) confirming that the bidder has withdrawn his offer or modified the terms and the conditions thereof before its expiration, or that in case of his offer being accepted by you, bidder has failed to sign the relative contract within the appointed dead-line” pozwala na przyjęcie, że treścią gwarancji objęte jest bezwarunkowe jednostronne oświadczenie banku, że ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz zamawiającego na jego pierwsze wezwanie we wszystkich przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a (określenie „modified the terms and the conditions”) i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Po przetłumaczeniu oznacza to, iż „zgodnie z instrukcją, którą otrzymaliśmy od oferenta, my Kasa Oszczędnościowa Chemnitz Niemcy, nieodwołalnie zobowiązujemy się do zapłaty dla Państwa kwoty nieprzekraczającej wysokości 114.000 zł po otrzymaniu przez Państwa pierwszego pisemnego żądania, że oferent wycofał swoją ofertę (odmówił podpisania

umowy), zmieniał okresy (terminy) i warunki wynikające z oferty przed jej wygaśnięciem” (określenie to zabezpiecza m.in. wezwanie, o którym mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, a także inne przypadki niewywiązywania się przez wykonawcę z obowiązków względem zamawiającego) „lub w przypadku, gdy jego oferta została zaakceptowana przez Państwa, nie udało mu się podpisać umowy w wyznaczonym terminie (nie wniósł zabezpieczenia, nie podpisał umowy).”

Do oceny treści gwarancji bankowych należy stosować przepisy prawa cywilnego. Naruszenie przez zamawiającego normy prawnej wynikającej z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 65 kodeksu cywilnego polega na braku oceny treści gwarancji zgodnie z zasadami tłumaczenia oświadczeń woli statuowanych w kodeksie cywilnym i poprzestanie jedynie na arbitralnym uznaniu, że skoro w gwarancji nie ma powołania się na normę prawną wynikającą z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, to gwarancja ta jest niekompletna.

Określenie użyte w kwestionowanej gwarancji, tj. „modified the terms and the conditions”, tj. „zmian jej (oferty) warunków przed jej wygaśnięciem” z całą pewnością realizuje dyspozycję normy prawnej wyrażonej w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, choć nie użyto w nim wprost określenia zaczerpniętego z treści ustawy Prawo zamówień publicznych, co nie powinno dziwić mając na uwadze okoliczność, że została przedłożona przez podmiot zagraniczny, od którego nie sposób, bez szkody dla uczciwej konkurencji, wymagać dosłownego transponowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do treści gwarancji.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, iż w treści gwarancji muszą być wymienione wszystkie okoliczności wskazane w art. 46 ust. 5 oraz art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Uczestnik nie powinien obwiniać banku o treść dokumentu, bo to wykonawca daje bankowi dyspozycję, co ma się w tej gwarancji znaleźć. Gwarancja nie może być interpretowana wbrew jej treści, która jest jednoznaczna, bowiem odnosi się do art. 46 ust. 5, a brak w niej art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazanie „zmienił warunki ofert” dotyczy tylko zmiany treści oferty, natomiast art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do innej sytuacji, tj. dokumentów składanych w postępowaniu. Nawet przy najszerszej interpretacji nie można tego uznać za zmianę warunków oferty.

W gwarancji nie ma zobowiązania banku do bezwarunkowej wypłaty w każdej sytuacji. Zgodził się z odwołującym, że gwarancja bankowa jest rozwiązaniem samoistnym, dlatego istotna jest jej treść. W postępowaniu nie doszło do uprzywilejowania żadnego wykonawcy. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego często uczestniczą wykonawcy

zagraniczni, a treści ich gwarancji są prawidłowe. Kwestia prawa właściwego jest bez znaczenia.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Technika Spawalnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Aquasium Technology Ltd z siedzibą w Cambridge, Wielka Brytania wnosząc o oddalenie odwołania.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła też, iż stan faktyczny sprawy (treść dokumentów) nie jest sporny.

Co do samego zarzutu odwołania Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił treść gwarancji odwołującego i prawidłowo wykluczył go z postępowania.

Zgodnie z treścią zleconego przez zamawiającego tłumaczenia przysięgłego gwarancji, jej wystawca zobowiązał się nieodwołalnie wypłacić kwotę nie przekraczającą 114.000 PLN po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania potwierdzającego, że oferent wycofał swoją ofertę lub zmienił warunki oferty przed jej wygaśnięciem lub, w przypadku, gdy jego oferta została zaakceptowana, nie podpisał odnośnej umowy w określonym nieprzekraczalnym terminie.

Tłumaczenie to jest generalnie zgodne z treścią tłumaczenia dokonanego przez wykonawcę: „po otrzymaniu od Państwa pierwszego pisemnego żądania (...) potwierdzającego, że oferent wycofał swoją ofertę lub [dokonał] zmian jej warunków przed wygaśnięciem, lub w przypadku gdy jego oferta została zaakceptowana przez Państwa, nie udało mu się podpisać umowy w wyznaczonym czasie.”

Nie jest tu więc kwestią sporną dokonane przez odwołującego tłumaczenie treści oferty, lecz sama jej treść (zakres zobowiązania banku).

Z powyżej zacytowanej treści gwarancji wynika bowiem jednoznacznie, że odnosi się ona do art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych: „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”, a nie obejmuje art. 46 ust. 4a: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, 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.”

Owszem, ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje *expressis verbis*, jakie dokładnie postanowienia powinny się znaleźć w treści gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej czy poręczenia, jednak w sposób oczywisty wynika to z całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych związanych w postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i celu gwarancji.

Gwarancja powinna więc obejmować te same okoliczności, w których zamawiający może zatrzymać wadium wpłacone w formie pieniężnej, czyli opisane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oczywiście, mogą być one przywołane w różny sposób, np. poprzez samo odwołanie się do art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych albo ogólnie „okoliczności wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych”. W przypadku gwarancji wystawianych w języku obcym mogą się znaleźć różne sformułowania wynikające z niuansów danego języka. Jednak gwarancja wciąż musi obejmować okoliczności opisane w obu tych przepisach (art. 46 ust. 4a i ust. 5), w przeciwnym wypadku jest niekompletna, a więc nieprawidłowa.

Zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadą swobody przepływu towarów i usług wykonawcy zagraniczni (czy też banki zagraniczne) nie mogą być traktowani w sposób gorszy niż wykonawcy krajowi, ale nie znaczy to, że mają być uprzywilejowani. Zatem gwarancja bankowa banku zagranicznego nie może zapewniać zamawiającemu mniej praw niż gwarancja banku krajowego. Nieznajomość prawa czy języka danego kraju nie zwalnia wykonawcy czy banku od konieczności dochowania wszystkich warunków, które muszą spełnić wykonawcy.

Okoliczności opisane w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnoszą się do zmiany czy wycofania oferty, lecz do jej pewnych braków czy wad formalnych lub treści (brak dokumentów „podmiotowych”, „przedmiotowych” lub pełnomocnictw), które nie zostaną przez wykonawcę uzupełnione (lub prawidłowo uzupełnione) w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo wezwania zamawiającego. Nieuzupełnienie dokumentów (a zwłaszcza nieprawidłowe uzupełnienie) wcale nie musi oznaczać (i najczęściej nie oznacza) rezygnacji przez wykonawcę z podtrzymywania oferty. Okoliczności te dotyczą co do zasady wszystkich oferentów i czynności zamawiającego



dokonanych przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Natomiast regulacja art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wyłącznie oferty już wybranej.

Zmiana treści oferty (po jej wybraniu), czyli odpowiednio art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnosi się do okoliczności, w których wykonawca odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie (zażądał wyższej ceny, zmienił termin wykonania, model urządzenia, warunki gwarancji itd.). Zmiana treści oferty przez oferenta przed jej wybraniem (a w zasadzie usiłowanie takiej zmiany, gdyż jest to niedozwolone – art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) jest albo bezskuteczna, albo ewentualnie skutkuje odrzuceniem oferty, więc również nie mieści się w zakresie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do interpretacji treści gwarancji zgodnie z art. 65 kodeksu cywilnego, to po pierwsze – jednak interpretacja nie może być dokonywana wyraźnie wbrew brzmieniu dokumentu i założeniu uzupełnienia przez interpretację tego, co powinno być, lecz nie ma w treści gwarancji. Należy tu zwrócić też uwagę na charakter gwarancji – jest to zobowiązanie banku i to jej treść stanowi o tym, do czego zobowiązał się bank. Trudno zakładać, że bank zobowiązał się „zgodnie z jego wolą” do czegoś innego, niż wynika z jego zobowiązania. A zwłaszcza do świadczenia więcej, niż wynika ze zobowiązania. Po drugie, skoro to zobowiązanie banku i to takie, które jest ściśle związane z treścią oświadczenia (gwarancji), to rozszerzająca interpretacja zamawiającego i wykonawcy, jakkolwiek by nie była, nie ma znaczenia dla banku, który wcale nie musi się z tą interpretacją zgodzić – a z doświadczenia życiowego wynika, iż bank w spornych przypadkach woli kwoty gwarantowanej nie wypłacić niż wypłacić nie będąc do tego zobowiązany.

Zatem twierdzenie odwołującego, iż gwarancja zawiera bezwarunkowe jednostronne oświadczenie banku, że ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz zamawiającego na jego pierwsze wezwanie we wszystkich przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a (określenie „modified the terms and the conditions”) i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jest błędne – gwarancja owszem zawiera jednostronne i „nieodwołalne” oświadczenie banku, że ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz zamawiającego na jego pierwsze wezwanie, ale w zakresie wynikającym z tego oświadczenia, czyli gdy oferent wycofa swoją ofertę lub zmieni warunki oferty przed jej wygaśnięciem (można przyjąć, że oznacza to, iż odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie) lub, w przypadku, gdy jego oferta została zaakceptowana, nie podpisze umowy w określonym nieprzekraczalnym terminie (z którejś z przyczyn opisanych w art. 46 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

### Odwołanie sygn. KIO 2229/13

18 września 2013 r. odwołujący – Messer Eutectic Castolin Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd. z postępowania jako niespełniających warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie odrzucenia złożonej przez nich oferty na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo że wykonawcy polegając na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu, tj. Cambridge Vacuum Engineering Ltd. nie przedstawili pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania im do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji niezgodne z przepisami ustawy zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd., chociaż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, a jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu była oferta odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd.,
3. nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd. jako niespełniających warunków udziału w nim i w konsekwencji nakazanie odrzucenia złożonej przez nich oferty; ewentualnie nakazanie odrzucenia oferty tych wykonawców jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. nakazanie powtórzenia czynności polegającej na ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
5. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
6. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, określając wykaz oświadczeń lub dokumentów, które powinny zostać złożone przez wykonawców celem potwierdzenia spełnienia tych warunków, w punkcie 7.1. ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał na konieczność przedłożenia wykazu dostaw wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem okresu 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 lub usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie. Wykonawca powinien wykazać się minimum dwiema dostawami kompletnego urządzenia, w tym jedna z dostaw powinna mieć miejsce na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W przypadku, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniem punktu 6.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinien udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawcy Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd. przedłożyli wykaz dostaw i usług realizowanych przez podmiot trzeci, tj. przez Cambridge Vacuum Engineering Ltd., nie przedstawiając jednocześnie dokumentu, z którego wynikałoby zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia wykonawcom określonych zasobów na czas wykonywania zamówienia. Udowodnienie przez wykonawcę dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia może nastąpić za pomocą dowolnych środków, zaś przedłożenie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego stanowi dokument w ocenie ustawodawcy najbardziej miarodajny i pożądanym. W przypadku, gdy wykonawca decyduje się na poleganie na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, udowodnienie dysponowania odpowiednimi zasobami powinno nastąpić pierwotnie i nie znajduje w tym zakresie zastosowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ udowodnienie dysponowania przez wykonawcę odpowiednimi zasobami może nastąpić w dowolny sposób, nie jest uzasadnione przyjęcie, że sposób ten mieści się w zakresie hipotezy normy wyrażonej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. jako brak wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. W konsekwencji należy przyjąć, że w niniejszym przypadku zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś wykonawcy wobec niewykazania

spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinni zostać wykluczeni na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia odwołujący wskazał, iż zgodnie z wymaganiami specyfikacji w zakresie komory, w komorze powinny się znajdować trzy okna rewizyjne umożliwiające obserwację procesu spawania, przystosowane do montażu działa elektronowego w pozycji poziomej. Okna rewizyjne znajdować się muszą we frontowej części komory. Na górnej części komory znajdować się muszą trzy otwory przystosowane do montażu działa w pozycji pionowej. Dwa z trzech otworów muszą być wyposażone w króćce umożliwiające montaż niezależnych mierników podciśnienia.

Tymczasem, zgodnie z treścią złożonej przez wykonawców Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd. oferty, urządzenie składa się z komory ze stali niestopowej z 3 oknami rewizyjnymi i wymiennymi prowadnicami ze stali kwasoodpornej i 3 portami na działa elektronowe na górze oraz z jednym na bocznej ścianie. Przystosowane do montażu działa elektronowego w pozycji poziomej.

Zestawiając opis urządzenia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ofercie, należy stwierdzić, że opisy te różnią się w sposób pozwalający zakwalifikować ofertę za nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferowane urządzenie zostanie bowiem wyposażone w otwory przystosowane do montażu działa elektronowego, z których trzy zostaną zamontowane na górze komory, a jeden na bocznej jej ścianie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia komora powinna być wyposażona w trzy okna rewizyjne przystosowane do montażu działa elektronowego w pozycji poziomej. W ocenie odwołującego rozwiązanie oferowane prowadzi do ograniczeń technicznych oferowanego urządzenia, które to ograniczenia nie zostały ani przewidziane w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani też – z punktu widzenia interesu zamawiającego – nie są pożądane. Oferowane urządzenie, poprzez zmianę położenia otworów przeznaczonych do montażu działa elektronowego spowoduje brak możliwości jego zamontowania w trzech pozycjach poziomych. Ograniczenie to może mieć wpływ na brak możliwości wykonania, odpowiednich do założeń technicznych spoin na spawanym elemencie znajdującym się w komorze. Skoro bowiem zamawiający wskazał konkretne umiejscowienie otworów przeznaczonych do zamocowania działa elektronowego, należy zakładać, że nie jest ono przypadkowe.

Ponadto, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, komora musi mieć możliwość rozbudowy w przyszłości poprzez wyposażenie w służy serwisową. Oferta wykonawców Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd. przewiduje, że w oferowanym urządzeniu możliwe jest przedłużenie w przyszłości komory o 200 mm poprzez wykorzystanie służy serwisowej. Zatem oferta ogranicza możliwość rozbudowy

komory wyłącznie do 200 mm, wprowadzając kolejne ograniczenia techniczne w zastosowaniu urządzenia. Gdyby bowiem zamawiający przewidywał i zakładał rozbudowę komory w określonym zakresie, okoliczność taka zostałaby wskazana w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro zatem żadne ograniczenia w powyższym przedmiocie nie zostały przez zamawiającego określone, odwołując się do dyrektyw oświadczeń woli określonych w art. 65 kodeksu cywilnego oraz zasad i wytycznych dotyczących określenia przedmiotu zamówienia sformułowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy przyjąć, że oferta wykonawców Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że zamieszczone na potwierdzeniach dostawy logo Cambridge Vacuum Engineering jest znakiem towarowym, a nie nazwą spółki Cambridge Vacuum Engineering Ltd., o której mówi odwołujący. Dokument został sporządzony przez Aquasium Technology Ltd., na co wskazuje stopka dokumentu z przywołanym numerem rejestrowym spółki. Tym samym Cambridge Vacuum Engineering Ltd. nie użycza swoich zasobów i zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest potrzebne.

Co do zarzutów dotyczących budowy komory stwierdził, że nie było przeciwwskazań, aby wykonawca zaoferował urządzenie tak zbudowane. Zastosowanie dodatkowego okna jest rozwiązaniem korzystnym.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Technika Spawalnicza Sp. z o.o. oraz Aquasium Technology Ltd. wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący potwierdził, że Cambridge Vacuum Engineering jest nazwą handlową. Podkreślanie jej wynika ze zwyczaju promowania marki. Aquasium Technology Ltd. wykupiło spółkę Cambridge Vacuum Engineering Ltd., która obecnie nie prowadzi działalności gospodarczej, choć nie została wykreślona z rejestru. Jednak ze względu na to, że marka Cambridge Vacuum Engineering jest znacznie szerzej znana niż Aquasium Technology Ltd., firma ta podkreśla w swoich dokumentach ową markę. Cambridge Vacuum Engineering jest wydziałem spółki Aquasium Technology Ltd. bez odrębności prawnej.

Przystępujący oświadczył, że dostawy dla huty Stalowa Wola finansował Urząd Miasta Stalowa Wola, z którym została zawarta umowa. Dostawcą urządzenia był wykonawca Technika Spawalnicza Sp. z o.o. Dostawcą drugiego urządzenia, dla Borgwarner Turbo Systems Poland Sp. z o.o., był Aquasium Technology Ltd.

W odniesieniu do budowy komory stwierdził, że przewidział okna rewizyjne w sposób wskazany przez zamawiającego na rysunku i w opisie. Dodatkowo przewidział również boczne okno rewizyjne, o którym zamawiający wspominał w trakcie dialogu. Oświadczył, że wszystkie okna nadają się do montażu działa elektronowego.

Ze względu na to, że przewidział wykonanie preferowanego przez zamawiającego rozwiązania, tj. zainstalowanie pomp w osobnym pomieszczeniu, wielkość służby serwisowej jest ograniczona tak, aby pompy te mogły pracować wydajnie.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła też, iż stan faktyczny sprawy (treść dokumentów) nie jest sporny.

Co do zarzutu dotyczącego braku zobowiązania Cambridge Vacuum Engineering Ltd. do oddania przystępującemu swoich zasobów Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Przystępujący oświadczył, iż to on bezpośrednio był dostawcą wskazanych w „Wykazie dostaw” urządzeń, tzn. jedną z dostaw wykonała Technika Spawalnicza Sp. z o.o., natomiast drugą Aquasium Technology Ltd.

Tym samym wykonawca wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w oparciu o własne zasoby (konsorcjum), a nie odwołując się do doświadczenia podmiotu trzeciego, tj. Cambridge Vacuum Engineering Ltd. Zatem przedstawienie zobowiązania tego podmiotu nie jest wymagane.

Co prawda przedstawione przez przystępującego dokumenty (będące pewnego rodzaju protokołami odbioru) nie są zbyt przejrzyste (duże logo Cambridge Vacuum Engineering, ręczne dopiski i skreślenia), jednak można wyczytać z nich potwierdzenie powyższych okoliczności, tj. nazw podmiotów wykonujących dostawy.

Odwołujący nie postawił zarzutów dotyczących treści „Wykazu dostaw” i załączonych do niego dokumentów, zatem Izba nie będzie się do nich ustosunkowywała.

Co do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, iż również ten zarzut się nie potwierdził.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł opis budowy komory wraz ze szkicem rozmieszczenia okien rewizyjnych. Opis zawarty w ofercie przystępującego, zdaniem Izby odpowiada opisowi zamawiającego. Oba te opisy zostały przywołane powyżej, w treści odwołania. Zdaniem Izby z opisu oferty generalnie wynika, że wymagania zamawiającego będą spełnione – wykonawca wskazał na 3 okna rewizyjne z 3 portami na działo elektronowe na górze (jak wynika z opisu dokonanego przez zamawiającego jest to pozycja pionowa działła), a także, że komora będzie przystosowana do montażu działła elektronowego w pozycji poziomej (czyli, jak można domyślać się, w ścianie bocznej). Owszem, przystępujący być może nie zawarł wszystkich szczegółów lub pewne okoliczności mogły nie być wyraźnie stwierdzone, jednak co najwyżej jest to podstawa, by poprosić tego wykonawcę o wyjaśnienie treści oferty.

Z przedstawionego podczas rozprawy rysunku roboczego rozmieszczenia otworów wynika, że sześć otworów będzie usytuowanych w taki sam sposób jak na szkicu zamawiającego. Przystępujący oświadczył też, iż wszystkie okna rewizyjne będą miały możliwość montażu działła elektronowych. Nie jest to, zdaniem Izby, sprzeczne z opisem zawartym w ofercie.

Co do siódmego, dodatkowego otworu, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego, jest to zaletą komory. Jednak gdyby zamawiający uznał, iż wymóg sześciu otworów był wymogiem zamkniętym (tzn. otwór w ścianie bocznej jest przez niego niepożądany), nie ma przeszkód, by poprawił on treść oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykreślając tę część opisu oferowanej komory. Z prawnego punktu widzenia nie jest to istotna zmiana oferty, a jak wynika z wyjaśnień stron i przystępującego, również jak najbardziej możliwa do wykonania technicznie.

Co do wielkości śluzy serwisowej, nie można zgodzić się z odwołującym, iż brak wymagań w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do jej rozmiarów oznacza, iż musi być ona możliwa do wykonania w każdym rozmiarze. Przeciwnie – skoro zamawiający nie określił żadnego rozmiaru tej śluzy (minimalnego czy maksymalnego) oznacza to, że pozostawił tę kwestię uznaniu wykonawców, w innym przypadku musiałby określić swoje wymagania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zobowiązany jest podać wszystkie wymogi potrzebne do sporządzenia oferty – wynika to jasno z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ta zasada ma na celu ochronę wykonawców i ma zapobiegać odrzucaniu ofert poprzez formułowanie wymagań dopiero po otrzymaniu ofert, np. co do rozmiarów śluzy. Zamawiający wymagał jedynie możliwości rozbudowy komory o śluzę serwisową i przystępujący taką rozbudowę przewidział, a więc spełnił wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....