

Sygn. akt KIO 730/15

WYROK
z dnia 21 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **10 kwietnia 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia, 00-874 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria [pełnomocnik]** i **[2] SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia, 00-874 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: BUDOWA DROGI S-7 GDAŃSK (A-I)-ELBLĄG (S-22) ODC. KOSZWAŁY (DK NR 7, W. KOSZWAŁY)-ELBLĄG (Z WĘZŁEM KAZIMIERZOWO) z podziałem na dwie części zamówienia:

Część nr 1

Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Budowa drogi S-7 Gdańsk (A-I)-Elbląg (S-22) odcinek Koszwały (dk nr 7 w. Koszwały)-Elbląg z węzłem Kazimierzowo. Zadanie 1: Koszwały-Nowy Dwór Gdański;

Część nr 2

Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Budowa drogi S-7 Gdańsk (A-I)-Elbląg (S-22) odcinek Koszwały (dk nr 7 w. Koszwały)-Elbląg z węzłem Kazimierzowo. Zadanie 2: Nowy Dwór Gdański-Kazimierzowo«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **16.12.2014 r.** pod nrem **2015/S 242-426521**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **31.03.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] ECMG GmbH z siedzibą we Wiedniu, Austria [pełnomocnik] i [2] SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**

Wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, w terminie zgodnym z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **10.04.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie wobec badania i oceny ofert oraz badania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonania bezpodstawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ECMG GmbH i SGS Polska sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez uznanie, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia **ECMG GmbH i SGS Polska sp. z o.o.** (dalej **wykonawca ECMG** lub **przystępujący**) spełnili wszystkie warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ lub specyfikacja), w sytuacji gdy:
 - a) **wykonawca ECMG** w piśmie z **11.03.2015 r.** (pkt 7) stwierdził wprost, że na dzień składania ofert tych warunków nie spełnia, a jedynie „na wezwanie” **zamawiającego** mógłby je spełniać – „nie został wykonany obiekt mostowy o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m wykonany metodą betonowania nawisowego lub obiekt wykonany z betonu sprężonego o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m i długości całkowitej co najmniej 500 m budowanego nad rzeką żeglowną, jednak na wezwanie **zamawiającego** gotowi jesteśmy przedstawić dokumenty potwierdzające spełnienie warunku...”;
 - b) **wykonawca ECMG** zaniechał wskazania wszystkich podwykonawców (pkt 8 oferty), którymi zamierza się posiłkować – zaniechano wskazania spółki **Lafrentz Polska Sp. z o.o.** (innego oferenta w przetargu jako podwykonawcy, z treści pisma tej spółki datowanego na dzień **15.01.2015 r.** wynika wprost, że spółka ta zobowiązała się brać czynny udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca (pkt 4 pisma); na marginesie budzi uzasadnioną wątpliwość, czy dokument wystawiony przez **Lafrentz Polska Sp. z o.o.** (uczestnika przetargu) powstał faktycznie w dacie **15.01.2015 r.** czy też został sporządzony później i złożony wyłącznie na potrzeby tego postępowania – z logicznego punktu widzenia oczywistym jest, że gdyby ów dokument istniał w dacie składania oferty, to winien być do niej załączony, a **spółka Lafrentz** wskazana w ofercie jako podwykonawca, wykonawca zaś nawet w piśmie z **11.03.2015 r.** deklarował dopiero gotowość złożenia takiego dokumentu;
 - c) **wykonawca ECMG** złożył zobowiązanie **spółki SGS Czech Republic s.r.o. z 16.01.2015 r.** dedykowane jednak jedynie względem spółki **SGS Polska Sp. z o.o.**, nie zaś względem wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co stanowi o niespełnieniu przez wykonawcę warunków SIWZ;
- 2) **art. 24 ust. 2 pkt 2, w zw. z art. 23 ust. 3, art. 45 ust. 5 pkt 3 i art. 46 ust. 5 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy ECMG** w sytuacji, gdy wadium (załączone do oferty) nie zostało skutecznie wniesione, bo **po pierwsze** zostało

wniesione w formie nieznannej ustawie Prawo bankowe (ustawa nie zawiera definicji „gwarancji wadialnej”), **po wtóre** ten dokument gwarancji został sygnowany przez osoby nieposiadające umocowania do działania (i zaciągania zobowiązań) w imieniu i na rzecz Societe Generale S.A. Oddział w Polsce, *ergo* gwarancja nie zabezpiecza żadnego ze zdarzeń, o których traktuje **art. 46 ust. 4a i 5 Pzp**, a których zaistnienie mogłyby spowodować prawo żądania przez **zamawiającego** zapłaty kwoty gwarancyjnej – gwarant mógłby skutecznie odmówić realizacji treści gwarancji wobec braku umocowania osób sygnujących ów dokument.

Z ostrożności **odwołujący** zarzucił nadto naruszenie:

- 3) **art. 90 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania **wykonawcy ECMG** do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, skoro **wykonawca ECMG** zamierza posiłkować się podwykonawcą **Lafrentz Polska Sp. z o.o.**, którego oferta cenowa jest blisko o 50% wyższa, od oferty **wykonawcy ECMG**, zaś średnia arytmetyczna cena wszystkich pozostałych złożonych ofert przewyższa ofertę **wykonawcy ECMG** o ponad 35%; co prawda oferta **wykonawcy ECMG** jest równa wartości przedmiotu zamówienia, jednak skoro **wykonawca ECMG** zamierza korzystać z podwykonawcy, który przystępując do przetargu złożył ofertę cenową o blisko 50% droższą, niż **wykonawca ECMG**, to taka konstrukcja ceny **wykonawcy ECMG** wydaje się być faktycznie rażąco niską – w sytuacji gdy oferta **Lafrentz Polska Sp. z o.o.** została uznana za najgorszą (i niemal najdroższą), a jednocześnie spółka ta deklaruje podwykonawstwo dla **wykonawcy ECMG**, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (i jest najtańsza), to taka zależność biznesowa tych „współoferentów” może zmierzać do faktycznego obejścia przepisów **ustawy Pzp**.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienia czynności **zamawiającego** w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty **wykonawcy ECMG**;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty **odwołującego** jako najkorzystniejszej oraz wykluczenie w postępowaniu **wykonawcy ECMG**;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz **odwołującego**.

Argumentacja **odwołującego**

Zgodnie z **art. 45 ust. 1 Pzp**, **zamawiający** żąda od **wykonawców** wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach

wydanych na podstawie **art. 11 ust. 8 Pzp**. Takie żądanie postawił w postępowaniu **wykonawcom zamawiający**, który w pkt 11 **SIWZ** Rozdział I Instrukcja Dla Wykonawców (dalej „**IDW**”) określił szczegółowe wymagania dotyczące wnoszenia wadium przez **wykonawców**.

W ramach spełnienia wymogu określonego w **art. 45 ust. 1 Pzp** oraz **pkt 11 IDW**, **wykonawca ECMG** przedstawił na **stronie 97 oferty** dokument zatytułowany „gwarancja wadialna nr 61/2015/FIN”. Z treści tego dokumentu wynika, że został wystawiony przez Societe Generale Spółkę Akcyjną Oddział w Polsce (dalej „gwarant”), jednak z żadnego dokumentu załączonego do oferty nie wynika umocowanie osób sygnujących ten dokument ze strony gwaranta do wystawienia dokumentu gwarancji, wszak takie umocowanie nie wynika z odpisu KRS gwaranta załączonego do oferty.

Dowód: odpis z KRS Societe Generale Spółkę Akcyjną Oddział w Polsce

Z uwagi na fakt, że gwarancja bankowa jako czynność prawna jest zaciągnięciem zobowiązania w imieniu gwaranta, to oczywistym pozostaje, że czynność taka dla swej skuteczności powinna być dokonana przez osoby umocowane do reprezentacji gwaranta. Załączony dokument tych wymogów nie spełnia. Z uwagi na powyższe dokument zwany „gwarancją wadialną” w oczywisty sposób nie daje zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia w sytuacjach wskazanych w **art. 46 ust. 4a i 5 Pzp**.

Zarzuty pkt II.1 do 3 *petitum* wobec ich syntetycznej i transparentnej treści nie wymagają szerszego uzasadnienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 10.04.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **13.04.2015 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

15.04.2015 r. wykonawca **[1] ECMG GmbH z siedzibą we Wiedniu, Austria [pełnomocnik]** i **[2] SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

17.04.2015 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez przystępującego (pismo opatrzone nrem 1) wraz z załącznikami (od nru 2 do nru 11), najistotniejszy załącznik o nrze 2 – pismo Societe Generale S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie z 17.04.2015 r. potwierdzające, że gwarancja wadialna dla przystępującego została sporządzona i podpisana właściwie – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez uznanie, że **wykonawca ECMG** spełnił wszystkie warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że **wykonawca ECMG** w piśmie z **11.03.2015 r.** (pkt 7) stwierdził, że na dzień składania ofert tych warunków nie spełnia, a jedynie „na wezwanie” **zamawiającego** mógłby je spełniać, gdyż „nie został wykonany obiekt mostowy o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m wykonany metodą betonowania nawisowego lub obiekt wykonany z betonu sprężonego o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m i długości całkowitej co najmniej 500 m budowanego nad rzeką żeglowną, jednak na wezwanie **zamawiającego** gotowi jesteśmy przedstawić dokumenty potwierdzające spełnienie warunku...”. Ponadto **odwołujący** zarzucił, że **przystępujący** zaniechał wskazania wszystkich **podwykonawców** (pkt 8 oferty) – **spółki Lafrentz**, który był innym oferentem w przetargu; z treści pisma **tej spółki** datowanego **15.01.2015 r.** wynika wprost, że **spółka ta** zobowiązała się brać czynny udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca (pkt 4 pisma) i odwołujący ma wątpliwość, czy dokument

wystawiony przez tę spółkę powstał faktycznie **15.01.2015 r.** czy też został sporządzony później i złożony wyłącznie na potrzeby tego postępowania.

Izba stwierdza, że **zamawiający** natykając się na usterki oferty ma w pierwszym rzędzie wyjaśnić przyczyny powstania tych usterek i w miarę możliwości doprowadzić do tego, aby móc takie oferty poddać ocenie i wyborowi najkorzystniejszej oferty. Obowiązek, a nie tylko możliwość, takiego zachowania **zamawiającego** wynika z przepisów **art. 26 ust. 3 i 4** oraz **art. 87 ust. 1 i 2 Pzp**. Izba podkreśla, że obowiązek doprowadzenia oferty do stanu umożliwiającego dokonania wyboru (w granicach przytoczonych przepisów **art. 26 ust. 3 i 4** oraz **art. 87 ust. 1 i 2 Pzp**) jest niezależny od stwierdzeń **wykonawcy**, które mogą zawierać różne treści, nawet takie jak odczytał **odwołujący** cyt. »[Wykonawca] na dzień składania ofert tych warunków nie spełnia, a jedynie „na wezwanie” **zamawiającego** mógłby je spełniać [...]«.

W oryginale tekst pisma jest inny cyt. »... w ramach przedstawionych w ofercie w Formularzu 3.2 zadań nie został wykonany obiekt mostowy [...], jednakże na wezwanie zamawiającego gotowi jesteśmy przedstawić dokumenty potwierdzające spełnienie określonego w pkt 7.2.2 ppkt 1 IDW«.

Wobec tego **zamawiający** był zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wymaganych w specyfikacji dokumentów na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp**. Przepis **art. 26 ust. 3 Pzp** brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

W związku z tym obowiązkiem **zamawiający** wezwał **przystępującego** do złożenia odpowiednich dokumentów wyznaczając termin na ich złożenie, a **przystępujący** wniósł odpowiednie dokumenty w wymaganym terminie, co nie było kwestionowane. Dokumentem tym było »Uzupełnienie oferty« wraz z załącznikami, a w tym zobowiązanie **spółki Lafrentz** do oddania swoich zasobów, zgodnie z **art. 26 ust. 2b Pzp** do dyspozycji **przystępującego**. **Art. 26 ust. 2b Pzp** brzmi »Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub

ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia«. W przepisie brak wymagania, aby wykonawcy tacy musieli być podwykonawcami, ale mają udowodnić zamawiającemu, że będą dysponowali tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Przystępujący złożył takie zobowiązanie **spółki Lafrentz** do oddania swoich zasobów, czym wypełnił dyspozycję **art. 26 ust. 2b Pzp**.

W związku z brakiem wymogu zaangażowania takiego podmiotu jako podwykonawcy przystępujący nie musiał wykazywać **spółki Lafrentz** w odpowiednim miejscu formularza ofertowego.

Ponadto zgodnie z treścią **art. 26 ust. 3 Pzp** wykonawca może złożyć zamawiającemu dokument nawet wystawiony po upływie terminu składania ofert, jednak wnoszony dokument powinien potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane świadczenie wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, co jest unormowane w zacytowanym wyżej **art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp**. Dlatego badanie terminu sporządzenia dokumentu nie prowadziło do żadnych konkluzji na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba może tylko stwierdzić, że wszystkie warunki **zamawiającego** zostały spełnione wobec czego **zamawiający** zasadnie poddał ofertę **przystępującego** ocenie ofert na równi z innymi ofertami spełniającymi warunki i wymagania **zamawiającego**.

W ocenie Izby zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez uznanie, że wykonawca **ECMG** spełnił wszystkie warunki określone w specyfikacji, w sytuacji gdy **wykonawca ECMG** złożył zobowiązanie **spółki SGS Czech Republic s.r.o. z 16.01.2015 r.** dedykowane jednak jedynie względem spółki **SGS Polska Sp. z o.o.**, nie zaś względem wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co stanowi o niespełnieniu przez wykonawcę warunków specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że ideą wprowadzenia przez ustawodawcę **art. 23 ust. 1 Pzp** było umożliwienie wykonawcom aby zespolicili się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub wykonania zamówienia. **Art. 23 ust. 1 Pzp** brzmi »Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia«. W związku z tym każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wnosi do wspólnego złożenia oferty zasoby, którymi dysponuje lub którymi może dysponować. Ustawa do złożenia oferty nie wymaga spełnienia żadnych szczególnych warunków od wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia poza ustanowieniem pełnomocnika (**art. 23 ust. 2 Pzp**). Dlatego jeden z wykonawców może wnieść zobowiązanie innego wykonawcy wskazujące tylko zamiar współpracy czy użyczenia swojego doświadczenia odnoszące się tylko do jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie odnoszące się do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Z tych względów Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez uznanie, że **przystępujący** spełnił warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wykonawcy wspólnie ubiegając się o udzielenie zamówienia złożyli zobowiązanie innego podmiotu dedykowane tylko jednemu z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie zaś względem wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 2, w zw. z art. 23 ust. 3, art. 45 ust. 5 pkt 3 i art. 46 ust. 5 Pzp** – przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy ECMG** w sytuacji, gdy wadium (załączone do oferty) nie zostało skutecznie wniesione, bo **po pierwsze** zostało wniesione w formie nieznannej ustawie Prawo bankowe (ustawa nie zawiera definicji „gwarancji wadialnej”), **po wtóre** dokument gwarancji został sygnowany przez osoby nieposiadające umocowania do działania (i zaciągania zobowiązań) w imieniu i na rzecz Societe Generale S.A. Oddział w Polsce, ergo gwarancja nie zabezpiecza żadnego ze zdarzeń, o których traktuje **art. 46 ust. 4a i 5 Pzp**, a których zaistnienie mogłyby spowodować prawo żądania przez **zamawiającego** zapłaty kwoty gwarancyjnej – gwarant mógłby skutecznie odmówić realizacji treści gwarancji wobec braku umocowania osób sygnujących ów dokument – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, że w ramach spełnienia warunku określonego w **art. 45 ust. 1 Pzp** oraz w **pkt 11 IDW**, **przystępujący** przedstawił na **stronie 97 oferty** dokument zatytułowany „gwarancja wadialna nr 61/2015/FIN”. Z treści tego dokumentu wynika, że został wystawiony przez Societe Generale Spółkę Akcyjną Oddział w Polsce, jednak z żadnego dokumentu załączonego do oferty nie wynika umocowanie osób sygnujących ten dokument ze strony gwaranta do wystawienia dokumentu gwarancji.

Izba stwierdza, że w ustawie ani w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) nie ma przepisów nakazujących zamawiającemu żądać takich dokumentów jak dokumenty wykazujące ciąg pełnomocnictw osób sygnujących gwarancje zabezpieczające wadium w imieniu podmiotów udzielających gwarancji. Również zamawiający nie zawarł w postanowieniach specyfikacji takiego warunku.

Ponadto odwołujący nie wykazał, żadnym dowodem, a nawet nie zasugerował, że osoby podpisujące gwarancję dla przystępującego nie były właściwie umocowane lub że nie było zachowanego nieprzerwanego ciągu pełnomocnictw dla osób, które podpisały gwarancję w imieniu udzielającego gwarancji.

Również bez znaczenia jest sama nazwa gwarancji – kwestionowana przez odwołującego nazwa »gwarancja wadialna«. Zgodnie z art. 65 § 1 i § 2 Kc, a ważny jest zgodny zamiar stron i cel umowy. Celem tym było wniesienie wadium zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp, który brzmi »Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach [...] gwarancjach ubezpieczeniowych«. Przepisy kodeksu cywilnego należy w rozpoznawanym przypadku stosować na podstawie art. 14 Pzp, który brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.⁴⁾), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«. Przepisy art. 65 § 1 i 2 Kc brzmią »(§ 1) Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (§ 2) W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu«.

Wobec powyższego Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 2, w zw. z art. 23 ust. 3, art. 45 ust. 5 pkt 3 i art. 46 ust. 5 Pzp** – przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy ECMG** w sytuacji, gdy zdaniem odwołującego wadium nie zostało skutecznie wniesione.

W ocenie Izby zarzut naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie wezwania **przystępujący** do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, skoro **przystępujący** zamierza posiłkować się podwykonawcą, którego oferta cenowa jest blisko o 50% wyższa, od oferty **przystępującego**, to taka konstrukcja ceny **przystępujący** wydaje się być faktycznie rażąco niską – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, zgodnie z oświadczeniem **zamawiającego**, że z porównania szacunkowej wartości zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert wyniknął stosunek 19% i 21%, co nie obliguje **zamawiającego** do wszczęcia procedury określonej we **wprowadzeniu do wyliczenia art. 90 ust. 1 Pzp**. Przepis ten brzmi »Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, **zamawiający**

zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie [...]«.

Ponadto, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego i w ocenie zamawiającego taka procedura nie musiała być wszczynana, a więc nie można stwierdzić jakiegokolwiek naruszenia przepisów **art. 90 ust. 1 Pzp** przez **zamawiającego**.

W związku z powyższym izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp**.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwoływającego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: