

WYROK
z dnia 8 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zlewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2011 roku przez wykonawcę BUD - INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Odkryta 36A, 03-140 Warszawa (adres do korespondencji: ulica Łowicka 19, 02-574 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie przy ulicy Spokojnej 4, 20-074 Lublin

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Project Management Intertecno Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 36, 02-532 Warszawa (lider), Elektroprojekt S.A. Oddział Lublin z siedzibą w Lublinie przy ulicy Diamentowej 4, 20-447 Lublin, INTERTECNO S.p.A. Viale Marche 13, 20125 Mediolan, Włochy zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża BUD - INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Odkryta 36A, 03-140 Warszawa (adres do korespondencji: ulica Łowicka 19, 02-574 Warszawa) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BUD - INVENT

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Odkryta 36A, 03-140 Warszawa
(adres do korespondencji: ulica Łowicka 19, 02-574 Warszawa) 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 2010 r. 113, poz. 759 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 Lublinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie przy ulicy Spokojnej 4, 20-074 Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „*usługi - pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego podczas realizacji inwestycji pn. Lubelskie Centrum Konferencyjne oraz Budowa siedziby Urzędu Marszałkowskiego w Lublinie*”, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 lutego 2011 roku pod numerem 2011/S 40-065716.

13 czerwca 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Project Management Intertecno Sp. z o.o., ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa (lider); Elektroprojekt S.A., ul. Świętokrzyska 18, 00-052 Warszawa - Oddział Lublin, ul. Diamentowa 4, 20-447 Lublin; Intertecno S.p.A., Viale Marche 13, 20125 Mediolan

22 czerwca 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wskazując, że Zamawiający naruszył: art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4, 5 i 8, art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) przez dokonanie czynności badania i oceny ofert; zaniechanie czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Project Management Intertecno Sp. z o.o., ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa (lider); Elektroprojekt S.A., ul. Świętokrzyska 18, 00-052 Warszawa - Oddział Lublin, ul. Diamentowa 4, 20-447 Lublin; Intertecno S.p.A., Viale Marche 13, 20125 Mediolan (dalej: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) oraz uznania oferty wzmiankowanych Wykonawców za odrzuconą; zaniechania czynności zwrócenia się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz uznania oferty wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielnie zamówienia za odrzuconą; odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia; zwrócenie się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny /z ostrożności, tj. o ile nie zostaną uwzględnione inne żądania zawarte w niniejszym odwołaniu; powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

1. Zamawiający w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział VI), postawił wymóg złożenia wadium w kwocie 120 000,00 zł (słownie: sto dwadzieścia tysięcy złotych) określając jednocześnie dopuszczalne formy oraz inne kwestie związane z jego wniesieniem i zwrotem, przy czym jedną z dopuszczalnych form miały być gwarancje ubezpieczeniowe. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia złożyli Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 953-A285431 FV z dnia 20 maja 2011 r., wystawioną przez Unię Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi, Przedstawiciela w Lublinie. Odwołujący wskazał, że gwarancja ta, jak wynika z jej treści, zabezpiecza zapłatę wadium przez Elektroprojekt S.A. Oddział w Lublinie, nie zaś przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia. W ocenie Odwołującego owa gwarancja po pierwsze - może zabezpieczać jedynie ofertę złożoną przez Elektroprojekt S.A. - Oddział w Lublinie, nie zaś ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia z udziałem wzmiankowanej Spółki a po drugie została wystawiona nie na Elektroprojekt S.A., lecz na Oddział Elektroprojekt S.A., czyli na jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej ani podmiotowości. Tym samym zaspokojenie potencjalnych roszczeń Zamawiającego nie zostało zagwarantowane, gdyż złożona gwarancja zabezpiecza roszczenia w odniesieniu do oferty złożonej przez inny podmiot, aniżeli to miało miejsce w rzeczywistości, a niezależnie od tego zabezpiecza ofertę jednostki organizacyjnej nie posiadającej nie tylko osobowości prawnej, ale również zdolności prawnej. Taka jednostka zaś nie ma zdolności do skutecznego złożenia oferty, gdyż nie jest „wykonawcą” w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, co więcej - nie ma też zdolności do samodzielnego zaciągania zobowiązań, w tym zobowiązań, których zaciągnięcie jest niezbędne do wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej. Zgodnie z poglądami wyrażonymi w doktrynie (por. Granecki P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2009, s. 25), celem Wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu jest zawarcie cywilnoprawnej umowy z Zamawiającym; Zatem musi on być podmiotem prawa cywilnego zdolnym do dokonywania czynności prawnych, a co za tym idzie, posiadać zdolność prawną

oraz zdolność do czynności cywilnoprawnych. Nie wszystkie zaś jednostki organizacyjne mogą być podmiotami stosunków cywilnoprawnych, np. oddział przedsiębiorcy stanowi jedynie część działalności gospodarczej przedsiębiorcy, co (aktualnie) wynika z art. 5 pkt 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.). W ocenie Odwołującego wadium nie zostało skutecznie wniesione - czynność wystawienia /udzielenie/ gwarancji ubezpieczeniowej wraz z czynnością jej złożenia nie wywołały skutku prawnego, wymagane w przepisach ustawy oraz w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym, nie zabezpiecza w sposób wystarczający interesów Zamawiającego. Okoliczność wniesienia lub nie wniesienia wadium ma w systemie zamówień publicznych charakter alternatywy rozłącznej, czyli albo przyjmuje się, że wadium zostało wniesione, albo przyjmuje się, że wadium nie zostało wniesione. Tym samym, twierdzenie, że dokument, który ma pełnić funkcje wadium nie jest prawidłowy w zakresie skutków prawnych jakie ma powodować jest równoznaczne z twierdzeniem, iż wadium nie zostało wniesione. Wadium złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza należy uznać za wadliwe, a tym samym za nie wniesione i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustaw Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert.

2.W ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Formularz ofertowy, s. 002) znajduje się informacja, iż pełnomocnictwa uczestników konsorcjum zostały dołączone w oryginałach do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że do oferty nie załączono żadnych pełnomocnictw - ocena umocowania do złożenia oferty winna opierać się na treści pełnomocnictw załączonych do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączone zostały: pełnomocnictwo z 18 lutego 2011 r., ustanawiające Project Management Intertecno Sp. z o.o. pełnomocnikiem Wykonawców występujących wspólnie tj. Project Management Intertecno Sp. z o.o. oraz Elektroprojekt S.A. Oddział w Lublinie w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy oraz pełnomocnictwo z 16 marca 2011 r., ustanawiające Project Management Intertecno Sp. z o.o. pełnomocnikiem Wykonawców występujących wspólnie tj. Project Management Intertecno Sp. z o.o. oraz Intertecno S.p.A. w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy. odwołujący wywodził, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny (por. Stecki L.: Konsorcjum. Toruń 1997, rozdział XV i XIV), atrybutem spółki prawa cywilnego jest niezmiennność składu osobowego, uzasadniana tym, iż osobom zawierającym umowę spółki przyświeca myśl prowadzenia działalności w określonym, takim a nie innym składzie. Niezmiennność składu

osobowego odzwierciedla również wzajemne zaufanie i ścisłe współdziałanie w celu osiągnięcia zamierzonego celu gospodarczego. Taki tok myślenia jest odnoszony także do konsorcjów wskazuje się np., że elementem obcym w umowie konsorcjalnej byłoby postanowienie, zgodnie z którym, do tworzonego konsorcjum mogą przystępować dalsze podmioty bez bliższego ich określenia i bez określenia ich liczby. Jednakże, konsorcjum nie jest też traktowane jako struktura w pełni zamknięta, uczestnicy konsorcjum mogą bowiem, m. in., podejmować decyzje co do przyjęcia dalszych podmiotów. Zmiana podmiotowa w przypadku konsorcjów musi mieć podstawę jednostkową i indywidualną w odpowiedniej uchwale konsorcjantów (funkcji takiej podstawy nie może spełniać pierwotna umowa konsorcjum). Wzmiankowana uchwała musi być przy tym, podjęta jednomyślnie przez wszystkich konsorcjantów. Z kolei, w przypadku gdyby jeden z uczestników konsorcjum działał jako jego reprezentant czy pełnomocnik bez niezbędnego upoważnienia, to jego działania należy traktować, jako czynności dokonywane bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu, o których mowa w art. 103 i nast. kodeksu cywilnego.

W ocenie Odwołującego, z treści obu pełnomocnictw jednoznacznie wynika, iż występują dwie, a nie jedna, grupy podmiotów występujących wspólnie, tj. Project Management Intertecno Sp. z o.o. i Elektroprojekt S.A. Oddział w Lublinie oraz Project Management Intertecno Sp. z o.o. i Intertecno S.p.A. Brak podstaw do przyjęcia, iż Elektroprojekt S.A. Oddział w Lublinie wyraził zgodę na poszerzenie składu Konsorcjum o nowy podmiot - Intertecno S.p.A., a tym samym nie zostało wykazane, iż osoba, która podpisała ofertę w imieniu trzech wykonawców występujących wspólnie była do dokonania tej czynności odpowiednio umocowana. Z treści złożonych pełnomocnictw wynika, że Project Management Intertecno Sp. z o.o. był umocowany jedynie do złożenia wspólnej oferty z Elektroprojekt S.A. Oddział w Lublinie lub z Intertecno S.p.A., z zastrzeżeniem, iż gdyby występował, jako jeden z Wykonawców w więcej niż jednej ofercie, to wszystkie te oferty musiałyby być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1 ustawy. Skoro zaś osoba podpisująca ofertę nie była do tej czynności odpowiednio umocowana, czynność złożenia oferty, a tym samym również samą ofertę, trzeba uznać za nieważną. Zgodnie bowiem z art. 104 zd. 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy, jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna, zaś w myśl art. 66 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy oferta to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy.

3.W ocenie Odwołującego oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejszą podlega odrzuceniu także z uwagi na to, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia, uważamy, że nie sposób wykazać, że cena zawarta w tej ofercie pokrywa koszty jego realizacji. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, z kolei, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W postępowaniu złożono 6 ofert: oferta wybrana przez Zamawiającego z ceną oferty: 1 490 760,00 zł, oferta Odołującego z ceną 1 825 320,00 zł, oferta Wykonawców: Aecom Sp. z o.o. oraz Aecom Limited z ceną 3 487 050,00 zł, oferta Wykonawcy Tebodin Poland Sp. z o.o. z ceną 2 735 151,00 zł, oferta Wykonawcy ECM Group Polska Sp. z o.o. z ceną 2 424 330,00 zł, oferta Wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o. z ceną 2 777 340,00 zł. Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 5 040 000,00 zł brutto. Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie wyrażano poglądy, iż Zamawiający ma obowiązek wszczęć czynności mające na celu ustalenie czy cena oferty najkorzystniejszej nie ma cech ceny rażąco niskiej, gdy cena taka jest niższa o 25-30 %, a nawet o 20 % od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (por. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 kwietnia 2005 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-656/05 oraz Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 kwietnia 2005 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-560/05) oraz co zauważono w uzasadnieniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 1511/08), drugim przyjętym w orzecznictwie i praktyce zamówień publicznych punktem odniesienia (w zakresie uznawania ceny za rażąco niską) są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu. Cena oferty złożonej przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia w sposób wyraźny odbiega od cen pozostałych ofert, co także uzasadnia konieczność zbadania przyczyn takiego stanu rzeczy. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie (por. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 czerwca 2005 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-1204/05), cena rażąco niska to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do zgodności z zasadami konkurencji oraz, co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Podobne poglądy zostały zawarte również w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych. Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., (sygn. akt XIX Ga 3/07) wskazał, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Przyczynę tą należy ustalić.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy

o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący posumował, że wadliwość czynności badania i oceny ofert, skutkująca bezpodstawnym zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia a także bezpodstawnym zaniechaniem odrzucenia złożonej przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia oferty, pociąga za sobą wadliwość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przypadku bowiem prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, to złożona przez Odwołującego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zatem nie ulega wątpliwości, iż powtórzona musi być również czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Z ostrożności Odwołujący dodatkowo podniósł, iż został także naruszony art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy ponieważ nie została odrzucona oferta wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia podlegających wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący dowodził, że naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy polegało w szczególności, na nieuzasadnionym zaniechaniu wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, a także na nieuzasadnionym zaniechaniu zwrócenia się wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

24 czerwca 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się zamówienie Project Management Intertecno Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 36, 02-532 Warszawa (lider), Elektroprojekt S.A. Oddział Lublin z siedzibą w Lublinie przy ulicy Diamentowej 4, 20-447 Lublin, INTERTECNO S.p.A. Viale Marche 13, 20125 Mediolan, Włochy. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że zgłasza przystąpienie po stronie Zamawiającego, wniósł o odrzucenie odwołania. W ocenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wadium zostało wniesione w formie oraz wysokości zgodnej z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy podniósł, że zarzut ten jest spóźniony, ponieważ Zamawiający dopuścił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i w dniu 22 kwietnia 2011 roku zaprosił ich do złożenia oferty a z uwagi na jawność postępowania termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 2 maja 2011 roku.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnił, iż posiada odpowiednią kalkulację sporządzoną przy konstruowaniu oferty, zaś ceny ofert Odwołującego i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia znacznie odbiegają od kwoty przewidzianej przez Zamawiającego. Wyjaśnił również, że mała różnica pomiędzy ofertami oraz duży przedział cenowy złożonych ofert świadczą jedynie o stanie rynku usług inwestycyjnych w Polsce.

Zamawiający, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy, przed posiedzeniem Izby 1 lipca 2011 roku złożył pismo „Odpowiedź na odwołanie”, (wcześniej przesłał pismo faksem) w którym odniósł się do twierdzeń Odwołującego przedstawiając następującą argumentację:

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowości we wniesieniu wadium Zamawiający powołując się na orzecznictwo podkreślił funkcjonalny charakter instytucji wadium. Zamawiający w toku sprawdzania i badania ofert nie miał wątpliwość, że wadium będące obecnie przedmiotem sporu zostało wniesione zgodnie z prawem i stanowi skuteczne narzędzie do zaspokojenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego. Wskazał również, że udzielając pełnomocnictwa liderowi, pozostali wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie tracą uprawnienia do samodzielnego działania oraz, że istnieje możliwość wniesienia wadium przez inny podmiot niż wykonawca. Odnosi się również do doktryny, w której znajduje potwierdzenie swojego stanowiska *Kto jest podmiotem wnoszącym wadium nie ma znaczenia dla skuteczności zabezpieczenia wadialnego, o ile tylko skutecznie zabezpiecza wykonanie zamówienia. Dokument potwierdzający wniesienie wadium powinien w takiej sytuacji wskazywać w czyim imieniu, lub na czyją rzecz, wadium jest wnoszone* (zob. komentarz St. Babiarsza do ustawy P.z.p. Warszawa 2010, s. 299).

Zamawiający w kwestii pełnomocnictwa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie podzielił wątpliwość przytoczonych przez Odwołującego. Zamawiający nie znalazł podstawy do zakwestionowania formy pełnomocnictwa załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Okoliczność, że pełnomocnictwo zostało ustanowione na dwóch odrębnych dokumentach nie wpływa na ważność dokonanej czynności prawnej. Nie podlega sporowi, że w obu tych oświadczeniach: ustanawia się tego samego lidera, dotyczą one tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, zakres umocowania jest tożsamy a pełnomocnictwa zostały udzielone przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiot występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku Elektroprojektu S. A., ul. Świętokrzyska 18, 00-052 Warszawa – Oddział Lublin, ul. Diamentowa 4, 20-447 Lublin pełnomocnictwo zostało podpisane przez Prezesa Zarządu zgodnie z zasadą reprezentacji spółki. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączone były następujące dokumenty, które zawierały dane dotyczące Elektroprojektu S. A., ul. Świętokrzyska 18, 00-052 Warszawa: aktualny odpis z właściwego rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy; aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy; aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy. Zamawiający więc nie miał żadnych wątpliwości, że uczestnikiem konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) jest osoba prawna - spółka akcyjna, a nie jak interpretuje Odwołujący jedynie Oddział Lublin.

Resumując Zamawiający wskazał, że skład podmiotowy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia został upubliczniony przez Zamawiającego 8 kwietnia 2011 roku w *Informacji o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu*, gdzie Zamawiający podał nazwy i adresy wszystkich Wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym pełny skład podmiotowy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie o zamówienie. Informacja ta została przekazana drogą elektroniczną do wykonawców oraz zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. W związku z powyższym zarzuty dotyczące pełnomocnictwa nie powinny zostać uwzględnione.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, iż oferta najkorzystniejsza zawiera cenę rażąco niską. Zamawiający w sposób zupełnie odmienny niż Odwołujący interpretuje różnice cenowe, które zaistniały pomiędzy złożonymi ofertami. Różnica pomiędzy ofertą najkorzystniejszą a oferta Odwołującego wynosi jedynie 18,33%. Zgodnie z argumentacją Odwołującego również jego oferta mogłaby zostać zakwalifikowana jako zawierająca rażąco niską cenę. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, że oferta

najkorzystniejsza oparta jest na nierzetelnej kalkulacji, zawiera cenę niewiarygodną lub nierealistyczną. Ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym. Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie miał świadomość, że najważniejszym czynnikiem generującym koszty realizacji przedmiotu zamówienia jest wynagrodzenie personelu Wykonawcy. Wobec każdego Wykonawcy zostały postawione wysokie wymagania dotyczące wykształcenia, doświadczenia oraz kwalifikacji zawodowych osób zdolnych do wykonania zamówienia [Sekcja III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu]. Jest zatem oczywiste, iż wszyscy zaproszeni do składania ofert Wykonawcy spełnili warunki m. in. dotyczące doświadczenia oraz potencjału kadrowego, co daje podstawy do uznania ich za wysokiej klasy profesjonalistów w zakresie świadczonych usług. Ponadto Zamawiający badając i oceniając złożone oferty wziął pod uwagę okoliczność, że jeden z podmiotów tworzących konsorcjum, które złożyło ofertę najkorzystniejszą posiada bazę lokalową i część kadry w Lublinie, czyli miejscu, gdzie będzie realizowany przedmiot zamówienia, co uzasadnia obniżenie wysokości wynagrodzenia. Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości, iż cena zaoferowana w ofercie najkorzystniejszej została z należytą starannością skalkulowana i zapewnia realizację przedmiotu zamówienia na zasadach zawartych w SIWZ i umowie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 czerwca 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Project Management Intertecno Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 36, 02-532 Warszawa (lider), Elektroprojekt S.A. Oddział Lublin z siedzibą w Lublinie przy ulicy Diamentowej 4, 20-447 Lublin, INTERTECNO S.p.A. Viale Marche 13, 20125 Mediolan, Włochy. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 24 czerwca 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Project Management Intertecno Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 36, 02-532 Warszawa (lider), Elektroprojekt S.A. Oddział Lublin z siedzibą w Lublinie przy ulicy Diamentowej 4, 20-447 Lublin, INTERTECNO S.p.A. Viale Marche 13, 20125 Mediolan, Włochy - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 24 czerwca 2011 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpień doręczono Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznał, iż wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Project Management Intertecno Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Rakowieckiej 36, 02-532 Warszawa (lider), Elektroprojekt S.A. Oddział Lublin z siedzibą w Lublinie przy ulicy Diamentowej 4, 20-447 Lublin, INTERTECNO S.p.A. Viale Marche 13, 20125 Mediolan, Włochy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego – wyciąg z Biuletynu Statystycznego opublikowane na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego gdzie na 7 stronie wyciągu zawarte zostały wynagrodzenie i świadczenie społeczne w tym wynagrodzenia w budownictwie oraz wydruk ze strony internetowej (wynagrodzenia.pl) obrazujący wynagrodzenia w budownictwie złożone na okoliczność potwierdzenia, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie będą w stanie za zaoferowaną w ofercie cenę zrealizować zamówienia i płacić wynagrodzeń pracownikom.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów* – z uwagi na to, że występują dwie, a nie jedna, grupy podmiotów występujących wspólnie w obrębie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała, że zarzut ten jest zarzutem spóźnionym i nie może podlegać rozpoznaniu przez Izbę.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„usługi - pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego podczas realizacji inwestycji pn. Lubelskie Centrum Konferencyjne oraz Budowa siedziby Urzędu Marszałkowskiego w Lublinie ”*, prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Przetarg ograniczony będący jednym z trybów podstawowych prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się tym, że Zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje wykonawców na podstawie złożonych przez nich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Postępowanie ma konstrukcję dwuetapową a Zamawiający upublicznia czynności podejmowane w każdym z dwóch etapów postępowania. W pierwszym etapie postępowania

nieograniczony krąg wykonawców po zapoznaniu się z ogłoszeniem o przetargu może, w odpowiedzi na to ogłoszenie, złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu natomiast w drugim etapie jedynie wybrana i zaproszona zgodnie z regulacjami art. 51 ustawy grupa wykonawców może złożyć swoje oferty. Zgodnie z art. 51 ust.1a ustawy *O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2011 roku powiadomił wszystkich wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków podając oraz uzyskanym miejscu w rankingu oceny a także zawarł informację jakie podmioty złożyły wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy - *Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu* – wnioski wykonawców, w tym wniosek wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, są jawne od dnia poinformowania wykonawców o wynikach spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym z dniem 8 kwietnia 2011 roku została upubliczniona informacja dotycząca wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez tych wykonawców był jawny. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie powoływał się na dokumenty zawarte we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonał oceny złożonych dokumentów i upublicznił swoją ocenę, swoją czynność. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) zainteresowani wykonawcy mogli wnieść odwołanie w zakresie poczynionych czynności Zamawiającego zarówno dokonanych i zaniechanych w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego, które stanowią podstawę wniesienia takiego odwołania tj. od dnia 8 kwietnia 2011 roku.*

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również 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*

i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert z uwagi na zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na niewniesienie wadium Izba uznała, iż odwołanie w podniesionych przez Odwołującego zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że wymagania dotyczące wniesienia wadium w postępowaniu zostały przez Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III.1.1) oraz w punkcie VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 120 000,00 zł w formach wynikających z ustawy oraz podał numer rachunku bankowego na który należy wpłacić wadium wnoszone w pieniądzu, tym samym Zamawiający zrealizował ustawowy obowiązek wynikający z art. 45 ust. 1 ustawy - *Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wraz z ofertą złożyli dokument *Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium* z dnia 20 maja 2011 roku, którego gwarantem jest UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeniowe Spółka Akcyjna w Łodzi, który udzielił gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Województwa Lubelskiego z siedzibą w Lublinie 20-074 Lublin ul. Spokojna 4 tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Elektroprojekt S.A. Oddział w Lublinie 20-44 Lublin, ul. Diamentowa 4 (zobowiązany). W ocenie Odwołującego gwarancja ta po pierwsze - może zabezpieczać jedynie ofertę złożoną przez Elektroprojekt S.A. - Oddział w Lublinie, nie zaś ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z udziałem wzmiankowanej Spółki, a po drugie została wystawiona nie na Elektroprojekt S.A., lecz na Oddział Elektroprojekt S.A., czyli na jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej ani podmiotowości.

Na wstępie należy wskazać, że wadium zostało wniesione w jednej z form dopuszczonych przez ustawę określonych w art. 45 ust.6 ustawy - *wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:*

- 1) *pieniądzu;*
- 2) *poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;*
- 3) *gwarancjach bankowych;*
- 4) *gwarancjach ubezpieczeniowych;*
- 5) *poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju*

Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275).

W treści gwarancji zawarte zostały zobowiązania gwaranta jakie określił w SIWZ Zamawiający a uregulowane w art. 46 ust. 5 ustawy - *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.*

Gwarant zobowiązał się również nieodpłatnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji jeżeli zobowiązany *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).

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego należy wskazać, że dokument będący, stwierdzający wadium w formie innej niż pieniężna nie stanowi oświadczenia woli wykonawcy. W zakresie wniesienia wadium do Zamawiającego należy zaś mieć na uwadze, że wadium wniesione przed terminem składania ofert w odpowiedniej określonej przez Zamawiającego kwocie i formie zgodnej z ustawą zawierającej zabezpieczenie interesów Zamawiającego przez określenie sytuacji pozwalających na zatrzymanie kwoty wadialnej, które to również wynikają z przepisów ustawy nie może w rozumieniu przepisów ustawy być kwalifikowane przez Zamawiającego jako niezabezpieczające jego interesów i wypełniające treść art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Prawo i obowiązek Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy rodzi się jedynie wtedy, gdy dokument wadialny nie będzie wniesiony w ustawowo określonej formie lub nie będzie zawierał wymaganych w przepisach ustawy elementów, w żadnym innym przypadku nie jest uprawniony Zamawiający do wykluczenia wykonawcy. W orzecznictwie ukształtowany został również pogląd, że szczegółowe, dodatkowe i nie wynikające z ustawy wymagania Zamawiającego dotyczące formy, sposobu wniesienia wadium i zabezpieczenia interesów Zamawiającego ukształtowane w SIWZ również nie mogą rodzić negatywnego skutku po stronie wykonawcy w przypadku ich niespełnienia.

W orzecznictwie sądów powszechny i Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej w orzecznictwie Zespołów Arbitrów, ugruntowany został pogląd, że prawidłowo wniesionym jest również wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, gdzie w treści tej gwarancji jako zlecający uwidoczniiony jest podmiot, tylko jeden podmiot, który

w postępowaniu o udzielenie zamówienia ubiega się o dane zamówienie wraz/wspólnie z innymi podmiotami jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 1 października 2007 r. sygn. akt XIX Ga 408/07, wyrok ZA z dnia 13 marca 2007 roku sygn. akt UZP/ZO/0-229/07, wyrok KIO z dnia 29 lipca 2009 roku sygn. akt 903/11, wyrok KIO z 4 maja 2011 roku sygn. akt KIO 810/11).

Przedmiotem zarzutu jest gwarancja ubezpieczeniowa jaką posłużyli się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jednakże w celu wykazania bezzasadności argumentacji Odwołującego warto odwołać się do uregulowań zawartych w art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) dotyczących gwarancji bankowej - *gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Zobowiązaniem do wypłaty sumy pieniężnej będzie bank, jako gwarant na rzecz beneficjenta gwarancji czyli Zamawiającego; prowadzi to do wniosku, że pomiędzy Zamawiającym a zlecającym wystawienie gwarancji nie powstaje żaden stosunek wynikający ze złożenia temu pierwszemu gwarancji wadialnej, w szczególności zobowiązaniem z gwarancji wadialnej nie będzie podmiot zlecający wystawienie tej gwarancji. Po stronie podmiotu zlecającego wystawienie gwarancji wadialnej pozostaje ziszczenie się okoliczności faktycznych jakie zostały uregulowane w ustawie a których to zaistnienie prowadzi po stronie Zamawiającego do żądania domagania się od gwaranta zapłacenia kwoty stanowiącej sumę gwarancyjną.*

Tym samym należy uznać, że nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a i w takim przypadku Zamawiający uzyskuje ochronę swoich interesów. Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z treścią art. 23 ust.3 ustawy - *Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 – przepisy ustawy dotyczące wykonawcy (jednego) stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dlatego też obowiązki jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będą dotyczyły wszystkich wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu. Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, w przypadku gdy zaistnieje taka konieczność kieruje wezwaniem do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a kwestią*

jedynie techniczną jest przesłanie owego wezwania do pełnomocnika tych podmiotów; w przypadku, gdy jeden z wykonawców nie okaże się dokumentem, do którego uzupełnienia wezwał Zamawiający, a nie można go zastąpić innym, skutek w postaci wykluczenia z postępowania będzie dotyczył wszystkich wykonawców występujących wspólnie. Taki sam mechanizm zadziała w przypadku uchylenia się jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie od zawarcia umowy; Zamawiający zawiera umowę z wykonawcą, którego wybrał w wyniku przeprowadzenia postępowania, w przypadku, gdy tym wykonawcą są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie to faktyczne zawarcie umowy nastąpi jedynie wtedy, gdy umowa zostanie podpisana przez tych wszystkich wykonawców (oczywiście może to nastąpić przez pełnomocnika, który posiada umocowanie do podpisania umowy od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie). Z perspektywy Zamawiającego, nie ma znaczenia, który i ilu z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie uchylili się od zawarcia umowy, bowiem skutek jest zawsze taki sam – niezawarcie umowy. Przytoczony powyżej na dwóch przykładach schemat postępowania Zamawiającego w wyniku czynności lub zaniechania czynności jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie skutkujący uprawnieniem zatrzymania wadium będzie miał zastosowanie do każdej z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Znamiennym dla przedmiotu rozważań jest fakt, że gwarant zobowiązany jest do wypłaty sumy gwarancyjnej w przypadku, gdy Zamawiający złoży mu stosowne oświadczenie o zaistnieniu przesłanek skutkujących wypłatą sumy gwarancyjnej. Uzasadnienie powyższego wywodu znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 roku (sygn. akt II CA 489/06) gdzie czytamy: *Złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum(...). Stosownie jednak do przepisu art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c, powodującym powstanie*

solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.

Odnosząc się do faktu, iż w gwarancji wadialnej wykazany został Elektroprojekt S.A. Oddział w Lublinie 20-44 Lublin, ul. Diamentowa 4 (zobowiązany) Izba wskazuje, że oddział nie jest samoistnym podmiotem niezależnie od tego, że stanowi strukturę wyodrębnioną i samodzielna. Oddział jest częścią działalności wykonywanej przez przedsiębiorcę lecz wyodrębnioną organizacyjnie, ale nie podmiotowo. Oddział nie ma osobowości prawnej i w sensie podmiotowości prawnej nie jest innym bytem niż sam przedsiębiorca, który go utworzył.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* i art. 90 ust. 1 ustawy *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny* z uwagi na to, że oferta wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zawiera rażąco niską cenę Izba uznała, iż odwołanie w podniesionych przez Odwołującego zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego, szacunkowa wartość zamówienia została podana w Ogłoszeniu o zamówieniu jako zakres między 1 000 000,00 a 4 000 000,00 zł natomiast w protokole ZP została podana kwota 4 097 560,97 zł ustalona w dniu 29 grudnia 2011 roku na podstawie wytycznych w zakresie określania wynagrodzenia za pełnienie nadzoru inwestorskiego – 3 % od kosztów inwestycji. Zamawiający podał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 5 040 000,00 zł brutto. W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert: oferta wybrana przez Zamawiającego z ceną oferty: 1 490 760,00 zł, oferta Odwołującego z ceną 1 825 320,00 zł, oferta Wykonawców: Aecom Sp. z o.o. oraz Aecom Limited z ceną 3 487 050,00 zł, oferta Wykonawcy Tebodín Poland Sp. z o.o. z ceną 2 735 151,00 zł, oferta Wykonawcy ECM Group

Polska Sp. z o.o. z ceną 2 424 330,00 zł, oferta Wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o. z ceną 2 777 340,00 zł.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* - do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie ustawa nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia. Sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, wynikająca z regulacji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień o czym stanowi art. 90 ustawy - *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz Wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10). W obowiązującym stanie prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO 39/11).

Korzystanie przez Zamawiającego z instytucji wyjaśnienia oferty w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo iż ustawodawca w tym zakresie daje swobodę Zamawiającemu nie może, z uwagi na regulacje art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych być wykorzystywane przez Zamawiającego dowolnie. Procedura określona przez ustawodawcę w art. 90, mająca na celu dogłębną weryfikację oferty nie stanowi narzędzia, które daje Zamawiającym, w każdym przypadku, możliwość wzywiania wykonawców do wyjaśnień zaoferowanych cen, bowiem takie rozumienie tego przepisu wypaczałoby jego sens oraz pozbawiało wartości

składane wyjaśnienia, a także stanowiło narzędzie do nadużyć przez Zamawiających w stosunku do wykonawców. Korzystając z procedury wyjaśnienia oferty w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający winien swoje wątpliwości oprzeć na obiektywnych przesłankach mających potwierdzić zasadność powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości, przypuszczenia że oferowana cena może być ceną rażąco niską, w innym przypadku działanie Zamawiającego powinno zostać ocenione jako nadużycie. W przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego nie zrodziły się wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny i Zamawiający nie wzywał wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego dotycząca zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień odnosząca się do szacunkowej wartości zamówienia oraz okresu na jaki ma zostać zawarta umowa oraz wykazanych w złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykazie usług zrealizowanych zamówień zawartym we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez odniesienie się do poszczególnych usług, które w ocenie Odwołującego wykazują, że w porównywalnych zamówieniach wartość zrealizowanych usług jest dużo wyższa od zaoferowanej ceny w przedmiotowym postępowaniu nie znajduje uzasadnienia. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający.

Odnosząc się do problemu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do ceny jaką zaoferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy badać czy za zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie cenę możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia – badamy „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Pomocną w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż *„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”*. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu*

lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; oraz porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08)” czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-696/07). „Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07).

Nie znajduje uzasadnienia dla faktu rażąco niskiej ceny odwoływanie się do świadczonych przez wykonawcę wcześniej usług, bowiem w ocenie Izby, to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje których mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. Na różnice w cenie ofert powoływał się Odwołujący, jednakże samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. W ocenie Izby, dowody dopuszczone w postępowaniu tj. wyciąg z Biuletynu Statystycznego opublikowanego na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego gdzie na 7 stronie wyciągu zawarte zostały wynagrodzenie i świadczenie społeczne w tym wynagrodzenia w budownictwie oraz wydruk ze strony internetowej (wynagrodzenia.pl) obrazujący wynagrodzenia w budownictwie nie przesądzają o cenie rażąco niskiej w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lecz jedynie obrazują zarobki w budownictwie. Należy zaznaczyć, co podnosił na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego oraz Zamawiający, że kwoty wynagrodzenia poszczególnych specjalistów Odwołującego, w przyjętym sposobie wyliczenia wynagrodzenia poszczególnych specjalistów na potrzeby zobrazowania ceny rażąco niskiej w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie również odbiegają znacząco od kwot zawartych w dowodach złożonych przez Odwołującego. Uwzględniając wywody poczynione wyżej, Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwa realizacja świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia za zaoferowaną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie kwotę zaoferowaną w ofercie. Wykazał różnice w cenie, które są przejawem normalnej konkurencji w postępowaniu. Ponieważ to Odwołujący twierdził, że cena oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powinien był udowodnić ten stan rzeczy, powinien

udowodnić, że realizacja usługi za tą kwotę nie jest możliwa a cena oferty w sposób znaczący odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień realizowanych w tym samym czasie.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta zawiera rażąco niską cenę podparł swoje twierdzenia dowodami, które odzwierciedlają informacje z roku ubiegłego oraz pierwszego kwartału roku obecnego, nie odnoszą się natomiast do obecnej sytuacji gospodarczej oraz nie odnoszą się w swoim zakresie do konkretnego rodzaju usług, które mogłyby być podstawą do oceny.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe

obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4, 5 i 8, art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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). Jednocześnie Izba wyjaśnia, iż nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów według norm przepisanych, ponieważ zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2) 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* Izba uwzględniła „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie

rachunków przedłożonych do akt sprawy” a Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie złożył rachunków.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
