

**WYROK**

**z dnia 17 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2011 r.

przez wykonawcę: **Siemag Tecberg Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna, 44-330 Jastrzębie Zdrój, al. Jana Pawła II 4**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia po stronie Zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupa Kapitałowa „Wonam” Spółka Akcyjna, 43-200 Pszczyna, ul. Dworcowa 13 oraz „Wonam Serwis” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-245 Żory, ul. Węglowa 11**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GASCONTROL, spolecnost s.r.o. (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), Czechy, 735 64 Havirov-Sucha, Novy Svet 59a/1407 (lider konsorcjum) oraz „AZIS” Mining Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-435Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, z uwzględnieniem badania**

wykazania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupę Kapitałową „Wonam” Spółkę Akcyjną z siedzibą w Pszczynie, „Wonam Serwis” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju braku podstaw do wykluczenia, a także wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GASCONTROL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Havirov-Sucej, „AZIS” Mining Service spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Siemag Tecberg Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju** na rzecz **Siemag Tecberg Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) 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: .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jastrzębską Spółkę Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy pn. *Budowa klimatyzacji centralnej dla schładzania wyrobisk dołowych w JSW S. A. KWK „Borynia – Zofiówka ruch Zofiówka wraz z sześciomiesięczną obsługą* (numer sprawy: 43/VZZ/11)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S\_131-218011 z 12 lipca 2011 r., uprzednio 7 lipca 2011 r. Zamawiający przesłał to ogłoszenie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.jsw.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 72.900.000,00 zł, co stanowi równowartość 18.989.320,14 euro.

26 października 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Siemag Tecberg Polska spółce z o.o. z siedzibą w Katowicach – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: Grupa Kapitałowa „Wonam” S.A. z siedzibą w Pszczynie, „Wonam Serwis” spółka z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (dalej zwanemu w skrócie „Konsorcjum Wonam”) oraz o sklasyfikowaniu w rankingu ofert na trzecim miejscu za Odwołującym oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców GASCONTROL spółkę z o.o. z siedzibą w Havirov-Sucej (Czechy), „AZIS” Mining Service spółkę z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (dalej zwanemu w skrócie „Konsorcjum GASCONTROL”).

4 listopada 2011 r. (pismem z 3 listopada 2011 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od tych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 8 – przez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Wonam jako najkorzystniejszej, mimo niewykazania przez tego Wykonawcę, iż nie podlega

wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

2. Art. 90 ust. 1 – przez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Wonam jako najkorzystniejszej, choć zawiera ona rażąco niską cenę, a Zamawiający nie zwrócił się do tego Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
3. Art. 24 ust. 2 pkt 2 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum GASCONTROL, mimo iż Wykonawca ten nie wniósł skutecznie wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie tych czynności, w następstwie których nastąpi wykluczenie i odrzucenie ofert powyżej wskazanych wykonawców i wybór oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano zarzuty oraz podano uzasadniające je okoliczności faktyczne i prawne w następujący sposób.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W rozdziale VIII pkt. 1.5 s.i.w.z. Zamawiający wymagał od wykonawcy załączenia do oferty aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Lider Konsorcjum Wonam – Grupa Kapitałowa Wonam S.A. z siedzibą w Pszczynie jest osobą prawną. Jak wynika z dołączonych do oferty odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego oraz protokołu Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z 30 czerwca 2011 r. – na dzień upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu funkcje członków zarządu pełniły trzy osoby: Dariusz Grzesista, Jacek Rduch oraz Joachim Helbik, natomiast wchodząca dotychczas w skład zarządu Elżbieta Kruk została odwołana z pełnionej funkcji. Do oferty dołączono zaś informacje z Krajowego Rejestru Karnego wykazujące niekaralność Dariusza Grzesisty, Jacka Rducha i Elżbiety Kruk (oraz kilku innych osób, niewchodzących w ogóle w skład zarządu). Brak zaś analogicznej informacji dotyczącej Joachima Helbika. Wobec tego Konsorcjum Wonam nie wykazało, iż nie zachodzi względem niego przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu opisana w art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp. Z protokołu

postępowania oraz załączników do niego wynika, iż w toku badania i oceny ofert Zamawiający nie zwracał się do tego Wykonawcy z wezwaniem do uzupełnienia tego dokumentu, co było obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 26 ust. 3 pzp. Ponadto, dany dokument uzupełniony i wystawiony po dacie złożenia oferty nie stanowi skutecznego uzupełnienia – zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 11 marca 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 229/09), zapadłym w analogicznej sprawie. Z zastrzeżeniem konieczności zastosowania przez Zamawiającego w toku powtórnego badania ofert trybu uzupełniania dokumentów, Konsorcjum Wonam powinno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsorcjum Wonam zaoferowało za wykonanie przedmiotu zamówienia cenę brutto w wysokości 68.019.000,00 zł, która została finalnie skorygowana przez Zamawiającego, poprzez poprawienie oczywistych omyłek zawartych w ofercie, do poziomu 66.789.000,00 zł. Odwołujący zawarł w swej ofercie kwotę 98.215.500,00 zł, zaś Konsorcjum GASCONTROL – kwotę 95.784.438,21 zł. Cena oferowana przez Konsorcjum Wonam jest więc o ponad 50 % niższa, niż ceny pozostałych ofert. Różnica jest więc wyraźna, a zasadnicze znaczenie ma fakt, iż dwie pozostałe oferty, złożone przez niepowiązanych wzajemnie i konkurujących ze sobą wykonawców, prezentują podobny poziom cenowy. Zamawiający nie podał jak dotąd w protokole postępowania wartości przedmiotu zamówienia. Bezpośrednio przed otwarciem ofert poinformował jednak wykonawców, że na wykonanie przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 82.902.000,00 zł. Ponadto, przed wszczęciem niniejszego postępowania Zamawiający występował do działających na rynku wykonawców, w tym do Odwołującego oraz spółki Grupa Kapitałowa „Wonam” S.A. z prośbą o podanie szacunkowych cen oczekiwanych za wykonanie klimatyzacji centralnej w sposób zgodny z koncepcją przedstawioną przez Zamawiającego. Odwołujący podał wówczas kwotę 88.683.000,00 zł, trzeba mieć zaś na uwadze, że w finalnej treści s.i.w.z. Zamawiający zażądał montażu rurociągów bez zastosowania jakichkolwiek połączeń śrubowych lub gwintów (Załącznik nr 1 do s.i.w.z., część II, pkt. B.5.b), co podwyższyło ceny ofert o kilka milionów złotych. Istnieją więc pełne podstawy by twierdzić, że cena zawarta w ofercie Konsorcjum Wonam jest rażąco niska nie tylko w porównaniu do pozostałych ofert, ale, zgodnie z wymogiem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp – w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie weryfikował jednak tej okoliczności w żaden sposób, mimo iż tak znaczna dysproporcja pomiędzy ceną zaoferowaną przez Konsorcjum Woanm a jego własnym oszacowaniem wartości przedmiotu zamówienia winna była skłonić go do zastosowania przepisu art. 90 pzp. i uzyskania

stosownych wyjaśnień. Trzeba bowiem mieć na względzie, że sposób wykonania zamówienia został przez Zamawiającego wyczerpująco opisany w treści s.i.w.z., a swoboda doboru przez wykonawców metod wykonania jego poszczególnych aspektów jest mocno ograniczona. Trudno więc spodziewać się, aby to wymieniane w art. 90 ust. 2 pzp oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy były przyczynami podania przez Konsorcjum Wonam ceny na takim poziomie. Oczekiwanie dokonania przez Zamawiającego weryfikacji tej okoliczności jest w tej sytuacji w pełni uzasadnione. Jak wskazała KIO w wyroku z 17 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1400/09): *(...) zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli Zamawiający ma przypuszczenie, że jakaś cena ofertowa może stanowić cenę ustaloną w sposób nieuprawniony na niższym poziomie, czyli tzw. cenę rażąco niską, ma obowiązek zażądać od wykonawcy oferującego taką cenę stosownych wyjaśnień. (...) skorzystanie z tego przepisu przez Zamawiającego stwarza swego rodzaju domniemanie ceny rażąco niskiej, które podlega obaleniu przez wykonawcę, do którego takie wezwanie jest skierowane (...). Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze.*

Zgodnie z art. 46 ust. 4a pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Wedle zaś art. 46 ust. 5 pzp, 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. Ustawa pzp dopuszcza mocą art. 45 ust. 6 pkt 3 wnoszenie wadium w formie gwarancji bankowych. Jednak gwarancja taka powinna umożliwiać Zamawiającemu uzyskanie od wystawiającego ją banku bezwarunkowej wypłaty sumy pieniężnej w kwocie odpowiadającej wadium w każdym z przypadków, w którym ustawa przewiduje zatrzymanie wadium. Do oferty Konsorcjum GASCONTROL dołączono gwarancję bankową wystawioną przez Komerčni banka a.s. z siedzibą w Pradze. Jej treść wskazuje, że na podstawie zlecenia klienta bank zobowiązuje się do bezzwłocznego i bezwarunkowego wypłacenia jakiegokolwiek sumy do wartości łącznej 1.000.000 zł po otrzymaniu (...) wezwania do zapłaty, które (...) będzie zawierać

oświadczenie, że Klient nie spełnił swych obowiązków wynikających z oferty przedstawionej w ramach Przetargu. Treść gwarancji nie odwołuje się w żaden sposób do przesłanek zatrzymania wadium ustanawianych przez ustawę pzp. Nie sposób zaś uznać, że sformułowanie *Klient nie spełnił swych obowiązków wynikających z oferty przedstawionej w ramach Przetargu* obejmuje wszystkie przypadki opisane w art. 46 ustawy pzp. Ewentualne niezłożenie przez Konsorcjum Wonam dokumentów lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp – z pewnością nie jest niespełnieniem obowiązków wynikających z oferty przedstawionej w ramach przetargu. Żaden zapis oferty nie zawiera bowiem zobowiązania się przez Konsorcjum GASCONTROL do takiego zachowania. Obowiązek ten wynika bowiem z przepisów ustawy, nie zaś z treści składanej przez nich oferty. W konsekwencji w takim przypadku bank byłby uprawniony do odmowy realizacji swego zobowiązania z tytułu udzielonej gwarancji bankowej. Oznacza to, że oferta tych Wykonawców nie jest w należyty sposób zabezpieczona wadium. Zgodnie z linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jakakolwiek wada wadium stanowi o braku wymaganego ustawą zabezpieczenia wadium oferty. Dokument ten nie leży w katalogu dokumentów z art. 25 ust. 1 pzp i nie podlega uzupełnieniu jak i poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pzp.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 7 listopada 2011 r. (wraz z przekazaniem kopii odwołania) pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym – 10 listopada 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło zarówno Konsorcjum Wonam, jak i Konsorcjum GASCONTROL – wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia zarówno Konsorcjum Wonam, jak i Konsorcjum GASCONTROL do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestników tego postępowania (Przystępujących).

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie. Natomiast Zamawiający zajął następujące stanowisko. W pierwszej kolejności wskazał, iż działając na podstawie art. 186 ust. 2 pzp, uznał zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp i w trybie tego ostatniego przepisu wezwał 10 listopada 2011 r. Przystępującego Wonam do złożenia brakującego zaświadczenia z KRK. W określonym terminie 14 listopada 2011 r. Przystępujący Wonam złożył wystawione 2 maja 2011 r. zaświadczenie z KRK potwierdzające niekaralność Joachima Helbika. Zdaniem Zamawiającego w tej sytuacji Odwołujący mógł cofnąć ten zarzut, a ponieważ pozostałe zarzuty odwołania są niezasadne – odwołanie powinno zostać oddalone. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów ich dotyczących.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ważną ofertę, która została sklasyfikowana w rankingu ofert na drugim miejscu. Odwołujący ma również interes w podnoszeniu zarzutów przeciwko wykonawcy sklasyfikowanemu aktualnie na trzeciej pozycji, gdyż cena nie jest jedynym kryterium oceny ofert, a w razie wyeliminowania z postępowania Konsorcjum Wonam, to oferta Konsorcjum GASCONTROL miałaby korzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert. Odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów zmierzających do wykluczenia z postępowania lub odrzucenia ofert obydwu



Przystępujących. Natomiast zaniechanie przez Zamawiającego tych czynności naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: s.i.w.z., ofert, a także z protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole, a także dowody złożone przez nich na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby pierwszy zarzut odwołania dotyczy braku wykazania przez Przystępującego Wonam, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp, z uwagi na brak wykazania stosownym dokumentem (zaświadczeniem z KRK), iż w stosunku do jednego z urzędujących członków zarządu Grupy Kapitałowej „Wonam” S.A. – Joachima Helbika – nie zaszły okoliczności wskazane w tym przepisie. W treści odwołania wskazano również na zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia tego dokumentu. Niezasadne jest zatem stanowisko Przystępującego, który wskazując w przystąpieniu, iż *zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 należy uznać za niezasadny natomiast... ewentualny (bowiem nie sformułowany wprost w odwołaniu) zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 ustawy, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania...* – na rozprawie podniósł, iż orzekanie przez Izbę w przedmiocie naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp naruszałoby przepis art. 192 ust. 7 pzp. Przystępujący Wonam błędnie utożsamia zwięzłe wymienienie i przedstawienie zarzutów na początku odwołania – z zarzutami zawartymi w odwołaniu, na którego treść składa się również przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. To właśnie z całości podniesionych w odwołaniu okoliczności prawnych i faktycznych wynika sprecyzowanie zarzutu niezgodnego z

konkretnymi przepisami ustawy zachowania zamawiającego. Z odwołania wprost wynika, iż kwestionowane jest bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, iż Przystępujący Wonam wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a w treści odwołania w kontekście takiego postępowania Zamawiającego wskazano na przepisy ustawy pzp: art. 24 ust. 1 pkt 8 i art. 26 ust. 3.

Powyższy zarzut podniesiony w odwołaniu znalazł w pełni potwierdzenie. Przystępujący w złożonej ofercie nie wykazał, iż brak jest w stosunku do niego podstawy do wykluczenia wynikającej z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp, gdyż nie załączył żądanego przez Zamawiającego w s.i.w.z. zaświadczenia z KRK dla jednego z członków zarządu Grupy Kapitaowej „Wonam” S.A. –Joachima Helbika. Okoliczność ta okazała się być bezsporna w toku postępowania odwoławczego – Przystępujący Wonam załączył do przystąpienia zaświadczenie z KRK brakujące w ofercie, natomiast Zamawiający, uznając zasadność tego zarzutu, odrębnie wyegzekwował ten dokument od Przystępującego. Działania te miały jednak miejsce po wniesieniu odwołania. Izba nie jest organem powołanym do prowadzenia postępowania, nie może zatem dokonywać czynności postępowania zamiast zamawiającego, natomiast dopiero podjęte przez niego działania podlegają weryfikacji Izby w przypadku wniesienia odwołania. Działania Przystępującego zmierzające do swoistego uzupełnienia przed Izbą brakującego dokumentu skład orzekający Izby uznał za pozostające bez wpływu na postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający bezpodstawnie powołał się na przepis art. 186 ust. 2 pzp jako będący podstawą podjętych przez niego działań po wniesieniu odwołania. *De lege lata* przepis art. 186 ust. 2 pzp przewiduje instytucję umorzenia postępowania wywołanego wniesieniem odwołania wyłącznie w sytuacji uznania w całości zarzutów w nim przedstawionych przez zamawiającego. W takiej sytuacji bez merytorycznego wnikania w zasadność zarzutów, a także słuszności stanowiska zamawiającego, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego w całości, a zamawiający ma wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w prowadzonym przez siebie postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W niniejszej sprawie Zamawiający, po pierwsze – uznał wyłącznie zasadność jednego zarzutu odwołania, po drugie – dokonał powtórzenia czynności badania ofert, w tym wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu, bez unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przede wszystkim jednak czynności te zostały dokonane bez powiadomienia pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, w szczególności Odwołującego, nie można zatem uznać ich za dokonane w sposób zgodny zarówno z przepisem art. 186 ust. 2 pzp, jak

i przepisem art. 26 ust. 3 pzp. W konsekwencji skład orzekający Izby uznał te czynności Zamawiającego za pozostające bez wpływu na rozstrzygnięcie odwołania, które podlega uwzględnieniu wobec bezspornej zasadności podniesionego zarzutu, który może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający dopiero po unieważnieniu swojej przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym winien zawiadomić wykonawców uczestniczących w postępowaniu, może ponownie dokonywać czynności związanych z badaniem i oceną ofert, w tym oceną braku podstaw do wykluczenia z postępowania Przystępującego Wonam. Z uwagi na uzyskanie dokumentu zaświadczenia z KRK, jedynie w tym zakresie skład orzekający Izby widzi możliwość „usankcjonowania” działania Zamawiającego przez uwzględnienie tego faktu jako stanu rzeczy istniejącego w chwili orzekania.

Z protokołu postępowania wynika, iż Zamawiający ustalił wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia na kwotę 72.900.00,00 zł, natomiast bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 82.902.000,00 zł. W postępowaniu zostały złożone trzy oferty: Odwołującego z ceną 98.215.500,00 zł, Przystępującego Konsorcjum GASCONTROL z ceną 95.784.438,21 zł i Przystępującego Konsorcjum Wonam z ceną 66.789.000,00 zł. Oznacza to, iż cena oferty z najniższą ceną stanowi ponad 80% kwoty Zamawiającego oraz odpowiednio 68% oraz niemal 70% cen pozostałych ofert.

Skład orzekający Izby zważył, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy niezasadny jest zarzut zaniechania przez Zamawiającego podjęcia działań w celu ustalenia, czy oferta Konsorcjum Wonam zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie dowiódł, iż po stronie Zamawiającego powinny powstać wątpliwości co do tego, czy cena oferty Konsorcjum Wonam nie zawiera rażąco niskiej ceny. Celem wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp jest bowiem rozwianie lub potwierdzenie wątpliwości zamawiającego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dorobkiem orzecznictwa jest wypracowanie zobiektywizowanych kryteriów pozwalających stwierdzić, czy w danym przypadku zachodzi konieczność takiego ustalenia. Jako podstawowe kryterium jest uznawane porównanie ceny danej oferty z ustaloną przez zamawiającego wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku od towarów i usług, zwykle odpowiadającej kwocie jaką zamierza on przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Innym istotnym kryterium wskazywane jest zestawienie ceny badanej oferty z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie użyteczność tego ostatniego kryterium jest jednak ograniczona. Nie chodzi przy tym o zbyt

małą próbkę ofert, gdyż z uwagi na specjalistyczny charakter zamówienia rynek wykonawców jest ograniczony. Nie należy jednak przeceniać znaczenia zbliżonego poziomu cen Odwołującego i Przystępującego GASCONTROL, gdyż są one znacznie wyższe od kwoty podanej przez Zamawiającego. Z kolei ta ostatnia bazuje na skorygowanej w toku prowadzonego postępowania wartości szacunkowej zamówienia (do kwoty 67.400.000,00 zł), uwzględniającej wyłączenie z zakresu zamówienia trójkomorowego rurowego podajnika cieczy kosztownego (elementu wycenionego na 5.500.000,00 zł netto i 6.765.000,00 zł brutto), która to okoliczność została przemilczana w odwołaniu. Z kolei pierwotna wartość szacunkowa została ustalona przez Zamawiającego w wyniku wstępnego rozpoznania cen przeprowadzonego o wszystkich trzech wykonawców, a bezpośrednio bazowała na cenie podanej właśnie przez Odwołującego, który składając ofertę znacznie ją podwyższył. Cena podana w rozpoznaniu przez Konsorcjum WONAM była na tym samym poziomie. Okoliczności te przemawiają za tym, iż wartość szacunkowa została przez Zamawiającego ustalona z należytą z należytą starannością, jak tego wymaga przepis art. 32 ust. 1 pzp, a kwota odczytana przed otwarciem oferty jest adekwatna. W ocenie składu orzekającego Izby w sytuacji, gdy cena oferty Konsorcjum Wonam stanowi ponad 80% kwoty jaką Zamawiający zabezpieczył na realizację zamówienia, brak jest obiektywnych wskazań do powstania po jego stronie wątpliwości, czy cena ta nie jest rażąco niska. W ocenie składu orzekającego Izby taka rozbieżność należy zakwalifikować jako przejaw pożądaną w zamówieniach publicznych konkurencji umożliwiającą uzyskanie realizacji zamierzonego celu za kwotę niższą niż zakładana na podstawie rozeznania prowadzonego u każdego z wykonawców z osobna. Złożone na rozprawie przez Odwołującego wyszczególnienie kalkulacji przez niego jednego z elementów zamówienia w żaden sposób nie udowadnia, iż cena oferty Konsorcjum Wonam winna rodzić podejrzenia bycia rażąco niską.

W rozdziale XII s.i.w.z. *Wymagania dotyczące wadium* Zamawiający sprecyzował między innymi *wykaz elementów jakie powinny zawierać w swej treści gwarancja/poręczenie wnoszone jako wadium*, jako pierwszy z nich wskazując *jednoznaczne i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do bezwarunkowej zapłaty Zamawiającego na jego pierwsze pisemne żądanie sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu okoliczności ustawowo określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych*. Zamawiający nadto wskazał, iż *dokument poręczenia/gwarancji, z którego treści będzie wynikać węższa odpowiedzialność gwaranta/poręczyciela nie będzie uznany za prawidłowy*. Natomiast w treści gwarancji bankowej nr 1104357029, wystawionej na wniosek Przystępującego GASCONTROL („Klient”), gwarant bank czeski Komerční banka, a.s. z siedzibą w Pradze –

zobowiązał się bezzwłocznie i bezwarunkowo wypłacić kwotę wadium po otrzymaniu pierwszego wezwania do zapłaty, które będzie zawierać oświadczenie, iż *Klient nie spełnił swych obowiązków wynikającej z oferty przedstawionej w ramach Przetargu* (rozumianego jako to konkretne postępowanie prowadzone przez Zamawiającego) , przy czym wezwanie winno zawierać identyfikację tych niespełnionych obowiązków.

Skład orzekający Izby zważył, iż gwarancja bankowa jest czynnością jednostronnie zobowiązującą, dokonaną przez gwaranta wobec beneficjenta gwarancji, zatem decydujące znaczenie ma literalna treść gwarancji, która *de lege lata* powinna przewidywać sytuacje przewidziane w pzp, zarówno w art. 46 ust. 5, jak i w art. 46 ust. 4a. Nie budzi przy tym wątpliwości w orzecznictwie, że dla prawidłowego wniesienia wadium w tej formie, nie jest konieczne cytowanie wprost przywołanych przepisów. W takim przypadku jednak sformułowanie w treści gwarancji warunków wypłaty musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość uzyskania przez zamawiającego zaspokojenia we wszystkich przypadkach przewidzianych ustawą pzp była bezdyskusyjna. Dostrzeżono również, iż wprowadzając przepis art. 46 ust. 4 a pzp ustawodawca odrębnie i dodatkowo uregulował sytuację wykonawców w okresie od złożenia oferty do wyboru oferty najkorzystniejszej, w stosunku do art. 46 ust. 5 pzp dotyczącemu wykonawcy, którego oferta została wybrana. Wobec tego o ile art. 46 ust. 4a pzp odnosi się do wszystkich wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów lub oświadczeń na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp, bez względu na ich szansę na uzyskanie zamówienia, o tyle dyspozycja art. 46 ust. 5 pzp dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana. Dalej, przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 5 pzp mają charakter bezwzględny, natomiast przewidziana w art. 46 ust. 4a pzp możliwość zatrzymania wadium następuje wyłącznie w przypadku braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pzp lub pełnomocnictw, nastąpiło bez jego winy, a zatem ma charakter względny, zależny od okoliczności konkretnego przypadku. W ten sposób przepis art. 46 ust. 4a pzp rozszerza zakres ochrony wadium z art. 46 ust. 5 pzp, odpowiadającej regulacji cywilistycznej zabezpieczeniu zawarcia umowy, obejmując ochroną również etap poprzedzający zawarcie umowy, nawet w stosunku do wykonawców, których oferta nie zostanie wybrana.

W ocenie składu orzekającego Izby z treści gwarancji złożonej przez Przystępującego GASCONTROL nie wynika możliwość uzyskania zaspokojenia z gwarancji w sytuacji braku uzupełnienia przez niego oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, jeżeli jego oferta nie zostałaby wybrana przez Zamawiającego. Nawet przy najprzychylniejszej interpretacji, uwzględniającej okoliczność wystawienia jej przez bank zagraniczny, za obowiązki

wykonawcy wynikające ze złożonej oferty można uznać zawarcie umowy na warunkach w niej określonych, czy wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy – są to zatem „obowiązki” powstające w razie złożenia przez zamawiającego oświadczenia o jej przyjęciu. Natomiast nie sposób uznać nieuczynienie zadość wezwaniu dokonane w trybie art. 26 ust. 3 pzp, za niespełnienie obowiązku wynikającego ze złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie oferty nie zobowiązuje wykonawcy do uzupełnienia dokumentów załączonych do niej, gdyż podstawowym skutkiem nieuczynienia zadość wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp jest wykluczenie z postępowania lub odrzucenie oferty. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy pzp, na co Zamawiający wprost wskazał w postanowieniach s.i.w.z. Niedopuszczalne jest przy tym doszukiwanie się sformułowania warunków uzyskania zaspokojenia poza dokumentem gwarancji, np. w treści złożonej oferty, czy też postanowieniach s.i.w.z. W szczególności zawarcie w ofercie przez Przystępującego GASCONTROL oświadczenia o akceptacji postanowień s.i.w.z., oznaczało, iż miał on świadomość wymagań Zamawiającego opartych na obowiązujących przepisach pzp co do treści gwarancji i godził się na poniesienie konsekwencji nieprawidłowości w tym zakresie. Natomiast zupełnie dowolne i niedopuszczalne jest rozumowanie, iż skoro w treści s.i.w.z. wymieniono przepisy art. 46 ust. 4a i 5 pzp, to należy uznać, iż akceptację postanowień s.i.w.z. przez Przystępującego składającego ofertę, ma wpływ na treść gwarancji wystawionej przez zupełnie inny podmiot i stanowiącej przedmiot odrębnej czynności prawnej. Przystępujący złożył na rozprawie wystawione na swój wniosek odrębne zaświadczenie gwaranta z 15 listopada 2011 r., z którego wynika, iż za sytuację niespełnienia obowiązków wynikających z oferty uznaje wszystkie przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 pzp. W ocenie składu orzekającego Izby oświadczenie to jest przejawem woli gwaranta, która została ujawniona dopiero w chwili złożenia przez niego odrębnego oświadczenia o takiej treści. Nie zmienia to jednak sytuacji, iż na dzień składania ofert ze złożonej gwarancji wola ta nie wynikała. Zamawiający nieprawidłowo uznał, że wadium zostało prawidłowo wniesione przez Przystępującego GASCONTROL, który powinien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp – może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, i działając na podstawie przepisów art.

## Sygn. akt KIO 2387/11

192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do kwoty zgodnej z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....