

Sygn. akt: KIO 1815/18

WYROK
z dnia 24 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 września 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez **wykonawcę Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Matic S.A. oraz ConnectPoint Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Badawczo - Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. Zasądza od **wykonawcy Badawczo - Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Belchatowie - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest *Dostawa i wdrożenie Systemu Monitorowania Produkcji w PGE GiEK S.A.- sprawa nr GEK/PMR-CSS/08757/2015*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 października 2015 r. za numerem 2015/S 192-348814. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 10 września 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w dniu 31 sierpnia 2018 r. jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Matic S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Connect Point Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum Matic i Connect Point).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum Matic i Connect Point, mimo iż wykonawca ten nie złożył wymaganego wadium, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania i uznaniem jego oferty za odrzuconą;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty wykonawcy Konsorcjum Matic i Connect Point, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności przez brak wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Matic i Connect Point, a następnie uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący zaznaczył, że w odwołaniu powołał przepisy ustawy pzp w zakresie i brzmieniu obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oferty wykonawcy Konsorcjum Matic i Connect Point,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum Matic i Connect Point i w konsekwencji odrzucenia jego oferty,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji przetargowej celem wykazania podnoszonych w odwołaniu twierdzeń i okoliczności, w szczególności na okoliczność niezłożenia przez Konsorcjum Matic i Connect Point zabezpieczenia swojej oferty w sposób prawidłowy.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na realizację zamówienia, co potwierdza okoliczność, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu i został zaproszony przez Zamawiającego do złożenia oferty wstępnej, a następnie oferty. Decyzja Zamawiającego powoduje utratę możliwości udzielenia zamówienia Odwołującemu, sklasyfikowanemu na pozycji drugiej. Odwołujący spełnia również drugą przesłankę statuującą jego uprawnienie do wniesienia odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych na wstępie przepisów ustawy pzp poniesie szkodę, wyrażającą się w szczególności w utraceniu możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utraceniu możliwości uzyskania referencji.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu ofertę wykonawcy Konsorcjum Matic i Connect Point. Tymczasem w ocenie Odwołującego Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp. Oferta Konsorcjum Matic i Connect Point nie została bowiem zabezpieczona wymaganym wadium. Odwołujący wskazał na treść pkt 18.4 lit. d) Rozdziału I SIWZ i podkreślił, że w niniejszym postępowaniu należy mieć na uwadze treść przepisów ustawy pzp w brzmieniu z dnia ogłoszenia niniejszego postępowania. Wprowadzona przez ustawodawcę zmiana ustawy pzp, w tym art. 46 ust. 4a ustawy pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy pzp, dokonana na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 poz.1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. (zwanej dalej „ustawą zmieniającą”),

a zatem w toku trwania przedmiotowego postępowania, nie dotyczy postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych i niezakończonych przed wejściem w życie ustawy zmieniającej (art. 16 ust. 1 ustawy zmieniającej z dnia 22 czerwca 2016 r.). Wadium w formie niepieniężnej w niniejszym postępowaniu winno być w ocenie Odwołującego zgodne z treścią pkt 18.4 lit. d) Rozdziału I SIWZ oraz art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 ustawy pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu ogłoszenia niniejszego postępowania, a zatem sprzed zmiany dokonanej nowelą z dnia 22 czerwca 2016 r. Tymczasem przesłanki powstania roszczenia o wypłatę przez gwaranta kwoty wadium na rzecz Zamawiającego zawarte w kopii gwarancji bankowej załączonej do oferty Konsorcjum Matic i Connect Point nie są tożsame z zawartymi w treści art. 46 ust. 4a ustawy pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania) i potwierdzonymi w SIWZ w punkcie 18.4 lit. e) Rozdziału I SIWZ. W szczególności kopia gwarancji bankowej załączonej do oferty Konsorcjum Matic i Connect Point nie przewiduje wypłaty Zamawiającemu wadium w przypadku niezłożenia przez wykonawcę *listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 PZP lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej*. W kopii gwarancji bankowej załączonej do oferty Konsorcjum Matic i Connect Point zacytowano bowiem treść art. 46 ust. 4a ustawy pzp obowiązującą w późniejszym stanie prawnym (który w niniejszym postępowaniu nie znajduje zastosowania), nie uwzględniającym wskazanej wyżej przesłanki. Co więcej, jednocześnie zmienił się również zakres i treść przepisów (w tym art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy pzp), do których odsyła art. 46 ust. 4a ustawy pzp i treść kopii gwarancji bankowej załączonej przez Konsorcjum Matic i Connect Point. Wprowadzona w 2016 r. nowelizacja dotyczyła bowiem istotnych zmian w procedurze przetargowej i odmiennego podejścia ustawodawcy do zasad uzupełniania dokumentów przez wykonawców, zachodzą również odmienności w wymaganych dokumentach i ich formie. Mamy zatem do czynienia z odmiennymi przesłankami wypłaty wadium. Przepisy regulujące przesłanki zatrzymania wadium przez Zamawiającego mają charakter bezwzględnie wiążący. Gwarancja wadium powinna uwzględniać wszystkie podstawy zatrzymania wadium wskazane w ustawie pzp, gdyż tylko w takim przypadku może dojść do pełnego i skutecznego zabezpieczenia interesu Zamawiającego. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 293/16, z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1824/17). Całkowicie bezpodstawne byłoby założenie, że gwarant obejmie swoją odpowiedzialnością również sytuacje nie wskazane w treści gwarancji, a objęte regulacją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, tym bardziej nie sposób uznać, aby odpowiedzialnością gwaranta objęte były sytuacje nie wskazane w treści gwarancji i nie objęte aktualną regulacją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, ale jej poprzednim brzmieniem. Kopia gwarancji bankowej załączona do oferty Konsorcjum Matic i Connect Point nie uwzględnia zatem wszystkich podstaw

zatrzymania wadium wskazanych w ustawie pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, a tym samym nie zabezpiecza w pełni i skutecznie interesu Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że ewentualna decyzja Zamawiającego uzasadniająca podstawy do wypłaty wadium zostałyby podjęta w oparciu o inny stan prawny niż przewidziany przedmiotową gwarancją bankową, co dałoby gwarantowi podstawę do odmowy jej wypłaty z racji nieziszczenia się okoliczności powodujących jego odpowiedzialność (bank oczekiwałby oświadczenia według nowego stanu prawnego, czego Zamawiający nie byłby w stanie spełnić będąc zobowiązanym do stosowania przepisów obowiązujących na dzień wszczęcia postępowania). Przedmiotowa gwarancja nie ma więc charakteru bezwarunkowego. Specyfika przedłożonej przez Konsorcjum gwarancji polega bowiem na tym, że choć jest ona nazwana „bezwarunkową” to zawiera jednak w swej treści warunki, w szczególności warunek złożenia oświadczenia o niezłożeniu oświadczeń i dokumentów określonych przepisami ustawy pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania gwarancji. Tymczasem Zamawiający prowadzi postępowanie w oparciu o przepisy ustawy pzp obowiązujące na dzień wszczęcia postępowania (tj. ogłoszenia). W postępowaniu tym Zamawiający nie ustala warunków spełnienia oświadczeń i dokumentów według reguł określonych zmienionymi przepisami (ale przepisami w dotychczasowym brzmieniu), przez co Zamawiający nie może złożyć oświadczenia w oczekiwanej treści. Podsumowując wskazał, że podstawy wypłaty przez gwaranta wadium, oparte na przesłankach zmienionych przez ustawodawcę już po wszczęciu niniejszego postępowania, nie mogą stanowić wymaganego przez ustawę pzp zabezpieczenia Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Oznacza to, iż gwarancję bankową nie obejmującą wszystkich podstaw stanowiących przesłankę zatrzymania wadium, w oparciu o art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp w brzmieniu obowiązującym w niniejszym postępowaniu, należało uznać za wadliwą. Wiąże się to z koniecznością przyjęcia w takim przypadku braku wniesienia wadium w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania), skutkującym koniecznością wykluczenia wykonawcy. Brak bowiem możliwości konwalidacji czynności wniesienia wadium, w szczególności nie podlega ono uzupełnieniu ani nie może być przedmiotem wyjaśnień (tak: wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. KIO 23/16. wyrok KIO dnia 13 stycznia 2016 r. sygn. KIO 2847/15, jak również cytowany wyżej wyrok KIO z dnia 11 marca 2016 r., sygn. KIO 293/16).

Ponadto Odwołujący z ostrożności wskazał, iż w niniejszej sprawie nieuzasadnionym byłoby powoływanie się na okoliczność, iż z racji trybu postępowania warunki udziału w nim zostały ocenione na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i tym samym nie zajdą już okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy pzp (obowiązującego

w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania), a tym samym brak zabezpieczenia przez gwaranta niemożliwych już do zaistnienia sytuacji pozostaje irrelevantny dla zabezpieczenia interesów zamawiającego. Zamawiający jest bowiem uprawniony aż do momentu zawarcia umowy korygować swoje błędne czynności i zaniechania, w tym wykluczyć wykonawcę z postępowania, co do którego ujawnił ziszczenie się przesłanek wykluczenia dopiero po wysłaniu zaproszenia do składania ofert. Ma to pełen wymiar praktyczny i sprawia, że konieczne jest, aby również na etapie składania ofert wadium składane przez wykonawców spełniało całość wymogów określonych w art. 46 ust. 4a ustawy pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania), zwłaszcza w sytuacji, gdy postępowanie - tak jak w niniejszym przypadku - trwa wiele lat, w trakcie których może dojść do zmiany sytuacji prawnej lub faktycznej danego wykonawcy (w tym w zakresie np. jego przynależności do grupy kapitałowej). Takie rozumowanie mogłoby również prowadzić w dalszej mierze do absurdalnej sytuacji, w której uznano by niezłożenie wadium za dopuszczalne z racji braku możliwości wystąpienia sytuacji uprawniających do jego wykorzystania. Dopuszczenie możliwości składania zabezpieczeń nie uwzględniających wszystkich przesłanek zatrzymania wadium byłoby również sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców, gdyż pozwalałoby tym oferentom na ponoszenie mniejszych kosztów uzyskania wadium niż ponieśli ich konkurenci (zakres gwarancji bankowej ma bowiem ewidentny wpływ na jej koszt), czego nie sposób zaakceptować. Nadto Odwołujący dodatkowo, z ostrożności, podniósł, iż w dokumentacji przedmiotowego postępowania (w tym w szczególności w ofercie wykonawcy Konsorcjum Matic i Connect Point, protokole postępowania oraz jego załącznikach) przedstawionych do wglądu przedstawicielowi Odwołującego w dniu 7 września 2018 r. nie znajduje się potwierdzenie złożenia przez Konsorcjum Matic i Connect Point oryginału gwarancji bankowej przed upływem terminu składania ofert. Protokół z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia prowadzi się na bieżąco i tylko w oparciu o wskazane tam dokumenty możliwe jest dokonywanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu oraz ich weryfikacja. W związku z powyższym oraz w świetle art. 9 ust. 1 ustawy pzp-, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności, należy przyjąć, że czynność złożenia przez Konsorcjum Matic i Connect Point oryginału gwarancji bankowej przed upływem terminu składania ofert nie miała miejsca. Wskazał również, że powyższe mogłoby powodować zarzut braku czynności oceny wadium, który w tym miejscu Odwołujący z ostrożności podnosił. Wymóg złożenia dokumentu wadium w oryginale został dodatkowo podkreślony przez Zamawiającego w treści SIWZ. Obowiązek przedłożenia wraz z oferta oryginału dokumentu wadium jest zresztą przyjęty powszechnie zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. Jednocześnie jednoznacznie przyjmuje się, że brak oryginału gwarancji bankowej nie podlega

uzupełnieniom w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, z czym należy się w zupełności zgodzić. Powołał się na wyrok KIO z dnia 20 października 2015 r., sygn. akt: KIO 2166/15, z dnia 23 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1883/14, z dnia 18 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2172/11. W dokumentacji przedmiotowego postępowania w ofercie Konsorcjum Matic i Connect Point znajduje się jedynie kopia gwarancji poświadczona „za zgodność z oryginałem” przez przedstawiciela konsorcjum, co należy w ocenie Odwołującego, uznać za brak wniesienia wadium przez wykonawcę i podstawę do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, a tym samym odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp. W tym przypadku ma to dodatkowe uzasadnienie ze względu na treść zawartą w przedstawionej w ofercie kopii gwarancji bankowej, z której wprost wynika brak zabezpieczenia zamawiającego w przypadku nieposiadania jej oryginału, a dotyczy to fragmentu: *Niniejsza gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku: (...) 4) zwrócenia do Banku oryginału niniejszej gwarancji przed upływem Terminu ważności gwarancji.* Wskazane postanowienie oznacza, iż wobec nieposiadania przez Zamawiającego oryginału gwarancji bankowej, podmiot posiadający jej oryginał może go zwrócić Gwarantowi bez wiedzy i zgody Zamawiającego, doprowadzając do wygaśnięcia gwarancji, a tym samym pozbawić Zamawiającego ochrony. W tej sytuacji nie sposób uznać, iż interes Zamawiającego jest zabezpieczony w sposób pewny i zgodny z wymaganiami, a więc w istocie nie może być mowy w niniejszej sprawie o wniesieniu przez Konsorcjum Matic i Connect Point wymaganego wadium. Powołał się na wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 531/17. W świetle powyższego Odwołujący wskazał, że uznanie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Matic i Connect Point za najkorzystniejszą nastąpiło w sposób bezpodstawny, z rażącym naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutu 2 odwołania Odwołujący zaznaczył, że wobec faktu, iż wykonawca Konsorcjum Matic i Connect Point winien zostać wykluczony z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, a jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp, nie było podstaw do uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Dokonując takiego wyboru Zamawiający naruszył zatem art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Przechodząc do zarzutu 3 odwołania Odwołujący wskazał, że poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty wykonawcy Konsorcjum Matic i Connect Point - który to wykonawca podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu - Zamawiający naruszył zatem art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

W dniu 20 września 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający wskazał, że w prowadzonym postępowaniu Wykonawca: Konsorcjum Matic i Connect Point, w celu zabezpieczenia złożonej oferty, przedłożył wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej w dniu 16 maja 2018r. Jak wynika z pkt 2 złożonej gwarancji, bank określił przesłanki płatności wadium na rzecz Zamawiającego w oparciu o brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy pzp z dnia wystawienia gwarancji, a nie z dnia wszczęcia postępowania. Ten błąd formalny banku nie miał jednak w ocenie Zamawiającego żadnego wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta względem Zamawiającego w odniesieniu do zakresu żądanego przez Zamawiającego w SIWZ, a więc opartego na przesłankach art. 46 ust. 4a ustawy pzp w brzmieniu sprzed jej nowelizacji. Gwarancja ta w takim samym stopniu zabezpieczała interesy Zamawiającego na gruncie prowadzonego postępowania jak i gwarancja, która zostałaby oparta o przesłanki z art. 46 ust. 4a ustawy pzp w brzmieniu sprzed jej nowelizacji. Zamawiający podniósł, iż czym innym jest naruszenie procedury postępowania przez samego Zamawiającego polegającej na niezastosowaniu właściwych przepisów do czynności podejmowanych w toku postępowania, w szczególności powodujących naruszenie praw Wykonawców, czy zasad rządzących postępowaniem w sprawie zamówień publicznych, a czym innym sytuacja wskazania w gwarancji udzielonej przez podmiot trzeci jakim jest bank obowiązującego przepisu ustawy pzp, zamiast przepisu sprzed nowelizacji ustawy, co było najprawdopodobniej uzasadnione niewiedzą gwaranta, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie nieobowiązujące już przepisy oraz stosowanymi powszechnie przez banki wzorami gwarancji opracowanymi na podstawie aktualnych przepisów prawa.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że interes Zamawiającego nie byłby w pełni zabezpieczony w wyniku przyjęcia wskazanej gwarancji, które nie znajduje uzasadnienia na gruncie przedmiotowego postępowania oraz oparcia w przepisach ustawy pzp, zarówno sprzed jak i po jej nowelizacji. Podkreślił, iż brak wyraźnego wskazania w złożonej przez Konsorcjum Matic i Connect Point gwarancji podstawy do żądania zapłaty wadium w przypadku niezłożenia przez Wykonawcę listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o braku przynależności do takiej grupy, ze względu na etap postępowania, w którym gwarancja została złożona, było całkowicie pozbawione wpływu na jego przebieg. Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w którym, już na jego początkowym etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawcy podlegają weryfikacji podmiotowej spełniania warunków udziału w postępowaniu, składając m.in. listy podmiotów należących do

tej samej grupy kapitałowej bądź informacje o braku przynależności do takiej grupy. W postępowaniach kilkietapowych do których należą negocjacje z ogłoszeniem, składanie wadium następuje wraz z ofertą, a więc w terminie po weryfikacji podmiotowej wykonawców, której zwieńczeniem jest zaproszenie do składania ofert wstępnych. Na tym etapie postępowania de facto jedynymi adekwatnymi przesłankami zatrzymania wadium są te związane z odmową podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, niewniesieniem wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub doprowadzeniem do sytuacji, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 ustawy pzp). Zamawiający posiadał więc w/w informacje pozwalające mu na weryfikację, czy fakt ewentualnej przynależności Wykonawców do grup kapitałowych może wpłynąć na prowadzenie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Wykonawca, który nie przedłożył wymaganych list czy informacji w zakresie przynależności do grupy kapitałowej albo nie wykazał, że pomimo złożenia wniosków przez Wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej nie dochodzi do naruszenia konkurencji, nie mógł zostać zaproszony do złożenia ofert. Sankcja związana z wykluczeniem z postępowania i brakiem zaproszenia do składania ofert jest sankcją najdotkliwszą i z tego powodu wystarczającą dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego, a co za tym idzie zapewnieniem prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający zaznaczył, że Lider konsorcjum Matic S.A. przedłożył listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, z której wynikało, że żaden podmiot ze wskazanej grupy, oprócz Matic S.A., nie złożył wniosku ani oferty w przedmiotowym postępowaniu, ConnectPoint Sp. z o.o. przedłożył natomiast informację, iż nie należy do żadnej grupy kapitałowej. Nie zachodziły więc przesłanki do wykluczenia z postępowania wskazanych Wykonawców na podstawie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp. Jeżeli na dzień składania ofert przedstawione informacje dotyczące przynależności do grupy kapitałowej uległyby zmianie, to na Wykonawcach spoczywał obowiązek poinformowania o nich Zamawiającego, co w prowadzonym postępowaniu nie miało miejsca, stąd Zamawiający przyjął aktualność złożonych oświadczeń i dokumentów. Skoro więc Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu złożyli wymagane dokumenty oraz informacje dotyczące przynależności do grupy kapitałowej, nie zachodziła sytuacja niezłożenia przez nich wskazanej listy bądź informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy pzp w brzmieniu z dnia ogłoszenia postępowania, a tym samym przesłanka stanowiąca podstawę do zatrzymania wadium w przypadku braku przedmiotowych dokumentów czy informacji. Zamawiający więc na dzień badania przedstawionych gwarancji

wadialnych zabezpieczających złożone oferty, nie mógł zarzucić, iż gwarancja nie zabezpiecza jego interesów, nie przewidując możliwości zatrzymania wadium z powodu nieprzedłożenia list, czy informacji o przynależności do grupy kapitałowej, które zostały mu już przedłożone. Stąd też uznanie, że gwarancja jest wadliwa poprzez niezabezpieczenie interesu Zamawiającego na wypadek zaistnienia sytuacji, która jest niemożliwa do zaistnienia, byłoby niezgodne z prawdą i prowadziło do nieuzasadnionego i irracjonalnego wykluczenia z postępowania Wykonawcy z przyczyn nie mających znaczenia w postępowaniu.

Abstrahując od powyższych okoliczności, jakimi są tryb prowadzonego postępowania, jego stadium oraz, co się z tym wiąże, brak możliwości zaistnienia wskazanej przesłanki zatrzymania wadium na gruncie przedmiotowego postępowania, Zamawiający wskazał, iż niezłożenie przez Wykonawcę listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej bądź informacji o braku przynależności do takiej grupy i tak teoretycznie pozwoliłoby Zamawiającemu na żądanie zapłaty wadium na podstawie przedłożonej przez Konsorcjum Matic i Connect Point gwarancji wadialnej. Niedostarczenie przedmiotowych list przez Wykonawców, pomimo wezwania przez Zamawiającego do ich złożenia, skutkowałoby bowiem zaistnieniem wskazanej w gwarancji przesłanki do zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy pzp w jej aktualnym brzmieniu, w postaci niezłożenia przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp. W art. 25 ust. 1 ustawy pzp jest mowa o możliwości żądania przez zamawiającego od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania potwierdzających m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy. Jeżeli więc Wykonawca wezwany do dostarczenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, nie złożyłby wskazanej listy, wówczas, na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy pzp w brzmieniu z dnia wszczęcia postępowania, zachodziłyby podstawy do jego wykluczenia z postępowania. Zgodnie ze wskazanym przepisem Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2 d. Zamawiający mógłby więc skutecznie wykazać, na podstawie obecnie obowiązującego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy pzp, że zachodziły przesłanki do zatrzymania wadium, w postaci nieprzedłożenia przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania.

Zamawiający wskazał również, iż nowelizacja przepisów ustawy pzp, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. nie złagodziła wymogów dotyczących przedstawiania informacji w zakresie przynależności wykonawców do grup kapitałowych w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W obecnym brzmieniu ustawy przedkładane listy zostały

zastąpione oświadczeniami wykonawców o braku bądź przynależności do grup kapitałowych i ich ewentualnym wpływie na zakłócenia konkurencji z tego powodu (art. 24 ust. 11 ustawy pzp). Nadal niewykazanie okoliczności dotyczących przynależności do grupy kapitałowej wykonawcy, jako niewykazanie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, stanowi przesłankę do jego wykluczenia z postępowania na podstawie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, zgodnie z treścią którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Nadal zapewniona jest ochrona Zamawiającego w postaci możliwości żądania zatrzymania wadium, w przypadku niezłożenia oświadczenia w tym zakresie. Tak jak na gruncie poprzedniej regulacji art. 46 ust. 4a ustawy pzp, Zamawiający miał prawo zatrzymania wadium w przypadku niezłożenia przez wykonawcę listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, czy informacji o braku przynależności do grupy, tak i obecnie na gruncie aktualnego brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy pzp Zamawiający ma takie samo uprawnienie do zatrzymania wadium w przypadku niezłożenia oświadczenia w zakresie przynależności do grupy kapitałowej, które obecnie mieści się w treści art. 25 ust. 1 ustawy pzp pod postacią oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający podkreślił, iż wskazana nowelizacja rozszerzyła katalog przesłanek pozwalających Zamawiającemu na zatrzymanie wadium, zwiększając tym samym zakres zabezpieczenia jego interesów. Zgodnie z poprzednim brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy pzp Zamawiający mógł zatrzymać wadium jeżeli Wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których była mowa w art. 25 ust. 1 (do których należały oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego), pełnomocnictw, list podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Obecnie Zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których jest mowa w art. 25 ust. 1 (do których należą oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw wykluczenia wykonawcy), oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 (do którego należą informacje stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3), pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie

omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Ze wskazanego porównania wynika wyraźnie, że obecny zakres ochrony Zamawiającego uległ rozszerzeniu, a nie zawężeniu.

Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 350/17, uchwałę 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1993 r., sygn. akt III CZP 16/93, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2016r., sygn. akt 1744/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2010/16.

Analizując przyczyny z jakich najprawdopodobniej wystawca gwarancji wskazał w jej treści aktualne brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy pzp Zamawiający stwierdził, iż w SIWZ, określając warunki przedłożenia wadium w formie niepieniężnej, nie zacytował treści wskazanego przepisu. Bank prawdopodobnie nie analizował stanu prawnego, w oparciu o jaki prowadzone jest postępowanie, zakładając, że chodzi o aktualnie obowiązujące brzmienie wskazanego przepisu, którego treść przytoczył w gwarancji. Podobnie na wstępie gwarancji bank wskazał, iż udziela gwarancji *w związku z ogłoszonym przez Państwo na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2017r. poz. 1579) zamówieniem sektorowym w trybie negocjacji z ogłoszeniem p.n.: „Dostawa i wdrożenie Systemu Monitorowania Produkcji w PGE GiEK S.A. (...).*

Odmowa uwzględnienia przez Zamawiającego przedłożonej przez Konsorcjum Matic i ConnectPoint gwarancji tylko z tego powodu, że nie spełniała ona wszystkich wymogów formalnych, nie mających znaczenia na tle stanu faktycznego postępowania oraz wpływu na zakres uprawnień Zamawiającego, dawałaby zdaniem Zamawiającego, prymat nadmiernemu i nieuzasadnionemu formalizmowi w postępowaniu, dyskwalifikując prawidłowo złożoną ofertę z ceną niższą o ok. 4 mln. zł. od oferty Odwołującego. Celem zaś gwarancji jest rzeczywiste zabezpieczenie interesów Zamawiającego, nie zaś wierne uwzględnienie wymogów formalnych nieznanujących zastosowania w rzeczywistości. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07).

Zamawiający wskazał również, że za całkowicie nieuprawniony należy uznać zgłoszony przez Odwołującego z ostrożności procesowej zarzut faktyczny w postaci braku złożenia w terminie składania ofert oryginału gwarancji bankowej przez Konsorcjum Matic i Connect Point. Zarzut ten jest w ocenie Zamawiającego całkowicie gołosłowny i oparty jedynie na spekulacjach Odwołującego, który na tej samej zasadzie mógłby zarzucić brak złożenia przez Konsorcjum oferty w terminie składania ofert, czy brak złożenia jej oryginału w terminie. Nie budzi wątpliwości, że zgodnie z pkt 18.4 lit. e) Rozdziału I SIWZ Wykonawca był zobowiązany złożyć oryginał dokumentu wadium. Leży to przede wszystkim w interesie

Zamawiającego, który, w przypadku przyjęcia jedynie kserokopii gwarancji, nie mógłby na jej podstawie zrealizować przysługujących mu uprawnień z niej wynikających. Gwarancja wadialna Konsorcjum Matic i Connect Point została złożona wraz z ofertą w dniu 17 maja 2018r. o godz. 11.00, czyli w terminie składania ofert. Możliwość złożenia gwarancji wraz z ofertą Zamawiający wyraźnie dopuścił w pkt 18.4 lit. a) Rozdziału I SIWZ. Zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy pzp regulującymi zasady sporządzania protokołów z postępowań jak również rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016r., poz. 1128), nie ma obowiązku wskazywania w protokole wszystkich dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniu wraz z ofertą, w szczególności ze wskazaniem czy zostały one złożone w oryginałach czy potwierdzone za zgodność z oryginałem, stąd zarzut braku wskazania w protokole, czy złożona gwarancja została wniesiona w oryginale jest całkowicie nieuzasadniony. Zamawiający wskazał, iż otwarcie ofert jest jawne i każdy z wykonawców mógł być na nim obecny. Skoro Odwołujący miał wątpliwości co do prawidłowości działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania, mógł wziąć udział w czynności otwarcia ofert, które miało miejsce w dniu upływu terminu składania ofert. Istotność oryginału gwarancji wadialnej przesądzającej o zakresie uprawnień finansowych Zamawiającego, powoduje to, że jest ona przechowywana odrębnie w depozycie Departamentu Skarbu Zamawiającego i niedostępna wykonawcom wraz z ofertą, a jedynie okazywana do wglądu na ich żądanie. Po otwarciu ofert oraz dokonaniu ich analizy przez komisję przetargową Zamawiającego, otrzymany wraz z ofertą dokument gwarancji został zdeponowany w depozycie Zamawiającego, na dowód czego komórka organizacyjna Zamawiającego prowadząca depozyt wystawiła deklarację depozytową przyjęcia gwarancji bankowej nr 05 1020 1026 0000 1596 0120 3736. W dniu 7 września 2018r. oferta Konsorcjum Matic i Connect Point została udostępniona pełnomocnikowi Odwołującego, z powyżej wskazanych przyczyn, bez oryginału gwarancji wadialnej, która została okazana mu do wglądu przez Zamawiającego po pobraniu jej z depozytu. Pełnomocnik Odwołującego udał się we wskazanym dniu z przedstawicielem komisji przetargowej do depozytu, celem okazania mu oryginału gwarancji, z której sporządził dokumentację fotograficzną. Tym bardziej na tle wskazanego stanu faktycznego sprawy, w którym pełnomocnik Odwołującego miał przedstawiony oryginał gwarancji wadialnej Konsorcjum Matic i Connect Point, niezrozumienie budzi zarzut braku złożenia oryginału przedmiotowego dokumentu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum Firm: Matic S.A. oraz ConnectPoint Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Na rozprawie przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do treści art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do *postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.*

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Matic S.A. oraz ConnectPoint Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Matic S.A. oraz ConnectPoint Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego. Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 18.4 Rozdziału I SIWZ Zamawiający wskazał, że wadium w formie niepieniężnej: a) oryginał dokumentu wystawiony na rzecz Zamawiającego należy złożyć w siedzibie Zamawiającego [...] c) kopia dokumentu wadium powinna być dołączona do oferty; d) powinno zawierać zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie (bez konieczności akceptacji roszczeń Zamawiającego przez Wykonawcę) stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Ustawy; e) gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa musi być nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Wykonawca jest zobowiązany złożyć oryginał dokumentu wadium.

W myśl pkt 18.9 i 18.10 Rozdziału I SIWZ zgodnie z art. 46 ust. 4a Ustawy - Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy lub pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszą. 18.10 Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, c) podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Ustalono, że Matic Sp. z o.o. złożył listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca, a Connect Point Sp. z o.o. oświadczył, że nie należy do grupy kapitałowej.

Ustalono również, że Konsorcjum Matic i Connect Point złożyło gwarancję bankową przetargową z dnia 16 maja 2018 r., z której wynika, że PKO BP S.A. oświadczył m.in., iż gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonanie na rzecz Zamawiającego (Beneficjenta gwarancji) płatności wskazanej kwoty 200.000 zł po złożeniu oświadczenia, iż Wykonawca: 1) nie zastosował się do warunków Oferty i pomimo uznania jego Oferty za najkorzystniejszą: a) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub b) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub 2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów

potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 PZP, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Niniejsza gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku: (...) 4) zwrócenia do Banku oryginału niniejszej gwarancji przed upływem Terminu ważności gwarancji.

Artykuł 7 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp 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.

W myśl art. 46 ust. 4a ustawy pzp sprzed nowelizacji Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Artykuł 46 ust. 4a ustawy pzp po nowelizacji stanowi Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 sprzed nowelizacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

W myśl art. 25 ust. 1 po nowelizacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do

przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: [...] 3) brak podstaw wykluczenia [...].

Zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, do składania ofert. Przepisy art. 45 i 46 stosuje się. (art. 60 ust. 1 ustawy pzp).

Artykuł 24 ust. 2 pkt 5 stanowi z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się. (art. 26 ust. 2d ustawy pzp).

Odnośnie zarzutu dotyczącego niemożliwości zaspokojenia Zamawiającego z dokumentu gwarancji złożonego w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, w pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że bezsporna była pomiędzy Stronami okoliczność, że dokument wadialny przedłożony przez Przystępującego zawierał przesłanki zatrzymania wadium sformułowane według przepisów znowelizowanej ustawy pzp. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby było więc ustalenie, czy treść dokumentu gwarancji bankowej pozwalałaby Zamawiającemu zaspokoić roszczenie zatrzymania wadium w następstwie wystąpienia okoliczności niezłożenia przez Przystępującego oświadczeń dotyczących grupy kapitałowej, mając na względzie iż w postępowaniu obowiązywały przepisy ustawy pzp sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.

Wskazać należy, że Zamawiający opisując w SIWZ warunki dotyczące wadium nie zaznaczył, że wadium w formie niepieniężnej musi uwzględniać przepisy ustawy sprzed nowelizacji. Zamawiający wymienił jednak przesłanki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 według przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania. Należy zgodzić się z Odwołującym, że to na wykonawcy ciąży obowiązek przedstawienia takiego dokumentu, który zabezpiecza zamawiającego w całym spektrum przesłanek ustawowych zatrzymania wadium. Co istotne zatem, dokument wadium ma umożliwiać zaspokojenie roszczeń zamawiającego nieodwołanie i bezwarunkowo i jak każde oświadczenie woli

wymaga interpretacji. Brak jest wymagania, aby treść dokumentu wadium stanowiła dokładne odzwierciedlenie brzmienia przepisów ustawy. Podkreślenia wymaga, że celem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przestrzeganie zasad wynikających z ustawy pzp, formalizm nie może jednak prowadzić do nieracjonalnego działania Zamawiającego. Izba podziela w całości argumentację przedstawioną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2016 r., sygn. akt KIO 1744/16. Wykładnia dokumentu gwarancji bankowej przedstawionej przez Przystępującego prowadzi do wniosku, że zabezpiecza Zamawiającego również w zakresie informacji dotyczących przynależności do grupy kapitałowej. Analizując treść art. 46 ust. 4a sprzed jak i po nowelizacji zauważyć należy, że obejmuje on przesłankę zatrzymania wadium, gdy wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, czyli m.in. oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Bez wątplenia oświadczeniem takim jest lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacja o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, gdyż oświadczenie to potwierdza, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Zarówno zatem w świetle przepisów sprzed nowelizacji jak i przepisów w brzmieniu znowelizowanym interpretacja dokumentu wadium pozwala twierdzić, że Zamawiający mógłby zaspokoić roszczenie zatrzymania wadium także w przypadku niezłożenia przez Przystępującego wskazanego oświadczenia. Co więcej, jak słusznie podnosił Zamawiający, stosowne oświadczenia zostały już przez Przystępującego złożone na wcześniejszym etapie postępowania, a Odwołujący nie kwestionował ich treści. Zaznaczyć należy również, że zatrzymanie wadium ma miejsce w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie złożył oświadczeń lub dokumentów. Wobec powyższego, nawet hipotetyczne pojawienie się na dalszym etapie postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem okoliczności zmieniających wcześniej złożone oświadczenie co do grupy kapitałowej nie uprawnia Zamawiającego do skierowania wezwania z art. 26 ust. 3, tym samym uprawnione jest twierdzenie, że na obecnym etapie postępowania przesłanka zatrzymania wadium, której brak w dokumencie wadium podnosi Odwołujący, nie wystąpi.

Mając na względzie powyższe, a także okoliczność, iż dokument gwarancji bankowej pozwalał na realizację celów instytucji wadium Izba nie uwzględniła zarzutu wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Ponadto, co do zarzutu dotyczącego formy dokumentu gwarancji bankowej Izba nie uwzględniła zarzutu wobec nieudowodnienia okoliczności jakoby oryginał gwarancji nie został dołączony do oferty w terminie składania ofert. Zaznaczenia wymaga, że po pierwsze - jak podniósł Zamawiający, a Odwołujący nie zaprzeczył - nie brał on udziału w jawnym otwarciu

ofert. Po drugie, oryginał dokumentu gwarancji został mu okazany przez Zamawiającego do wglądu na jego wniosek. Co więcej, wymóg złożenia zarówno oryginału jak i kopii dokumentu wadium wynikał z treści SIWZ. Wobec obowiązku Zamawiającego przechowywania dokumentów finansowych w depozycie nie ulega wątpliwości, że to z tej przyczyny Odwołujący otrzymał mailem kopię dokumentu potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Trudno również przyjąć założenie, że Zamawiający, w którego interesie jest otrzymanie dokumentu wadium zabezpieczającego jego roszczenia, nie dołożyłby należytej staranności w zakresie sprawdzenia czy dokument został złożony w oryginale w terminie umożliwiającym realizację roszczeń. W świetle powyższego, twierdzenia Odwołującego należy uznać za nieuzasadnione.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: