Sygn. akt: KIO 2789/15

WYROK
z dnia 12 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Shanghai Electric Power Construction Co, LTD, Pundog New Area No. 116, Lane 219 Jijing Road, Shanghai** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05 - 520 Konstancin - Jeziorna**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o. o., ENERGO - SYSTEM S.A., ul. Ks. Bpa Herberta Bednorza 19, 40-384 Katowice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o. o., ENERGO - SYSTEM S.A. do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń w zakresie potwierdzenia spełniania wymagań dotyczących dysponowania drugą osobą na stanowisko specjalisty ds. komunikacji społecznej, w pozostałym zakresie oddala.

---

2. kosztami postępowania obciąża **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05 - 520 Konstancin - Jeziorna** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Shanghai Electric Power Construction Co, LTD, Pundog New Area No. 116, Lane 219 Jijing Road, Shanghai** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Polskich Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05 - 520 Konstancin - Jeziorna** na rzecz **Shanghai Electric Power Construction Co, LTD, Pundog New Area No. 116, Lane 219 Jijing Road, Shanghai** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..……..

……..

……

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest rozbudowa stacji 400/220/110 kv Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400 kv Kromolice-Pątnów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2015 roku pod poz. 2015/S 099-180957.
W dniu 23 grudnia 2015 roku Odwołujący - Shanghai Electric Power Construction Co. Ltd. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o.o. i ENERGO- SYSTEM S.A. (dalej Konsorcjum ELBUD) oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż wykonawca ten nie wniósł wymaganego przez Zamawiającego wadium;
2. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum ELBUD oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
3. ewentualnie zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum ELBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako sprzecznej z treścią sekcji X pkt 1) i 2) SIWZ w przypadku uznania, że Konsorcjum ELBUD wykazało własną wiedzę i doświadczenie w zakresie warunku wskazanego w sekcji VI pkt 2 lit. e) SIWZ i jednocześnie zadeklarowało podzlecenie tej części zamówienia spółce Biuro Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt Poznań S.A. (dalej Energoprojekt);
4. względnie zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Konsorcjum ELBUD na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu;
5. czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum ELBUD, jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, a jego oferty odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum ELBUD z postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten nie wniósł wymaganego przez Zamawiającego wadium;
2. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z art. 353 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny przez ich błędną interpretację i w konsekwencji:
   a) nieuprawnione przyjęcie, iż oświadczenia Energoprojekt zawarte w dokumencie znajdującym się na stronie 83 oferty Konsorcjum ELBUD, a następnie uzupełnione oświadczenie Energoprojekt z dnia 7.09.2015 r. (w załączeniu do pisma Konsorcjum ELBUD z dnia 17.09.2015r.) kreują po stronie Energoprojekt zobowiązanie, podczas gdy treść tych oświadczeń nie zawiera dostatecznego oznaczenia świadczenia, a więc nie stanowią one zobowiązań, z uwagi na brak tego istotnego elementu stosunku zobowiązaniowego;
   b) nieuprawnione przyjęcie, że treść oświadczeń Energoprojekt udowadnia realne dysponowanie przez Konsorcjum ELBUD wiedzą i doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia dysponowanymi przez Energoprojekt podczas, gdy treść oświadczeń Energoprojekt jest niezgodna z wymogami przetargu;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez ich

niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum ELBUD z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo tego Iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

4. ewentualnie, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum ELBUD, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią sekcji X pkt 1) i 2) SIWZ, w przypadku uznania, że Konsorcjum ELBUD wykazało własną wiedze i doświadczenie w zakresie warunku wskazanego w sekcji VI pkt 2 lit. e) SIWZ i jednocześnie zadeklarowało podzlecenie tej części zamówienia spółce Biuro Studiów i Projektów Energetycznych ENERGOPROJEKT Poznań S.A.;
5. względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum ELBUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

---

6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i bezprawny wybór oferty Konsorcjum ELBUD jako najkorzystniejszej, mimo iż wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości przez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ELBUD jako najkorzystniejszej
2. wykluczenie Konsorcjum ELBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy Pzp oraz uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, że wykonawca ten nie wniósł wadium oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. ewentualnie odrzucenie oferty Konsorcjum ELBUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako sprzecznej z treścią SIWZ;
4. względnie wezwanie Konsorcjum ELBUD w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
5. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2015 roku, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach (Lider konsorcjum) oraz Energo -System S.A. (pismo z dnia 31 grudnia 2015 roku).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

I. W zakresie zarzutu dotyczącego braku wniesienie wadium, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt XI siwz Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 4 500 000 zł, w formach przewidzianych przepisami ustawy Pzp. W ust. 6 tego rozdziału Zamawiający wskazał, że „w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej dokument gwarancyjny powinien zawierać zobowiązanie do płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie Zamawiającego w przypadku zajścia okoliczności określonych w ustawie. Zaleca się, aby treść gwarancji była zgodna ze wzorem gwarancji stanowiącym wzór nr 12 do Części III SIWZ" .
Na stronie 141 i 142 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Przedsiębiorstwa Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Energo - System S.A. (zwanym dalej konsorcjum Elbud) załączono Gwarancję ubezpieczeniową nr 02GG035/0022/15/0024 wadium, wystawioną dnia 15 lipca 2015 roku przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group (zwanym dalej Gwarantem). W treści gwarancji wskazano, że Gwarant został poinformowany, że w związku z ogłoszeniem przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka akcyjna (..) w dniu 18.05.2015 roku o zamówieniu publicznym na rozbudowę stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400kV Kromolice – Pątnów, numer postępowania BP/47/2015/MS, w którym wadium wynosi 4 500 000 zł Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach sp. z o.o. (…) ma zamiar złożyć ofertę. W dalszej części gwarancji wskazano, że Gwarant, działając na zlecenie Wykonawcy zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do wysokości 4 500 000 zł w terminie 10 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, oraz pisemnego oświadczenia, że zaistniały enumeratywnie wymienione w treści gwarancji okoliczności przewidziane w art. 46 ust. 4 a oraz ust. 5 ustawy Pzp.
Ponadto z treści gwarancji wynika, że jest ona nieprzenośna i nieodwołalna, wchodzi w życie z dniem 3.08.2015 roku i jest ważna do dnia 1.11.2015 roku.
Izba ustaliła także, że na stronach 7-10 oferty konsorcjum Elbud załączono umowę konsorcjum zawartą dnia 31.07.2015 roku pomiędzy Przedsiębiorstwem Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Sp. z o.o. a Energo -System S.A., której celem jest nawiązanie współpracy pomiędzy konsorcjantami do prowadzenia wspólnej działalności polegającej na uczestnictwie w przetargu, pozyskanie kontraktu i jego realizacji na rozbudowę stacji 400/220/110 kV Pątnów wraz z wprowadzeniem linii 400kV Kromolice –

Pątnów dla Zamawiającego – Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A. (§1 umowy).
Zgodnie z § 2 umowy Liderem Konsorcjum jest Elbud Katowice. Na mocy § 5 ust. 2 oraz § 6 ust. 2 umowy konsorcjanci postanowili, że w imieniu Konsorcjum wadium wniesie Lider Konsorcjum, zaś koszty wniesienia wadium zostaną rozliczone między Stronami w częściach proporcjonalnych do udziałów określonych w § 5 ust. 1.
Na stronach 11- 12 oferty konsorcjum Elbud załączono także pełnomocnictwo z dnia 31.07.2015 roku, w którym Energo - System S.A., ubiegając się wspólnie z Przedsiębiorstwem Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, udziela prawa do dokonywania wszelkich czynności, w szczególności: „a. podpisania i złożenia w imieniu Konsorcjanta oferty wraz z załącznikami, b. składania w imieniu Konsorcjanta w toku Postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z Postępowaniem, w tym poświadczenia kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem, zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz innych dokumentów składanych w Postępowaniu (…) f. wniesienia wymaganego przez Zamawiającego wadium, g. prowadzenia korespondencji związanej w Postępowaniem, w tym odbioru korespondencji adresowanej na Konsorcjanta (…).

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:
Izba ma świadomość, że w judykaturze zarysowały się dwa zasadnicze poglądy prawne co do dopuszczalności wniesienia gwarancji wadialnej, w której wskazano na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.
W zaistniałych okolicznościach faktycznych sprawy, Izba przychyla się do stanowiska, prezentowanego od lat w szeregu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej jak również sądów powszechnych (patrz: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., Sygn. akt II CA 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 roku, Sygn. akt IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 roku, Sygn. akt XXII Ga 1313/15), zgodnie z którym gwarancja wadialna wystawiona na Lidera konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz członka konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 10 czerwca 2006 r. Sygn. akt II Ca 489/06 „gwarancja *zapłaty wadium przez konsorcjum wystawiona na rzecz jednego członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum, albowiem wykonawcy ubiegający się*

wspólnie o uzyskanie zamówienia powinni być jak jeden wykonawca, a zobowiązanym do zawarcia umowy jest konsorcjum, zaś odpowiedzialność konsorcjantów jest solidarna (art. 370kc w zw. z art. 366 kc i art. 14 ustawy Pzp".

Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Słupsku, w wyroku z dnia 23 lipca 2015 roku, Sygn. akt IV Ca 357/15: *„Zdaniem Sądu Okręgowego nie jest konieczne wymienienie w gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, którzy samodzielnie ustala warunki wpłaty wadium w (...). Skoro przyjmuje się jednocześnie, że członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie za konsekwencję powstałe w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest możliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum (...) to tym samym gwarancja w niniejszej spawie jest prawidłowa"*
W ocenie Izby argumentacja zawarta w przywołanych orzeczeniach sądów okręgowych jest wyczerpująca spójna, logiczna i przekonywująca.

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że konsorcjum jest rodzajem porozumienia zawartego między podmiotami, którego celem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego w postaci uzyskania zamówienia publicznego i realizacji umowy. Istota konsorcjum sprowadza się do podejmowania przez jego członków wszelkich działań, których efektem ma być uzyskanie zamówienia publicznego. Z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że jeden z uczestników konsorcjum (lider) reprezentuje pozostałych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy. Dyspozycja art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, ma istotne znaczenie z punktu widzenia wniesienia wadium przez konsorcjum. Skoro obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, to odnoszą się one do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których należy traktować jak jednego wykonawcę.
Zgodzić należy się z poglądem, że przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wadium było wnoszone wspólnie przez wszystkich członków konsorcjum. Postanowienia siwz w analizowanym stanie faktycznym również nie wprowadzają żadnych wymagań odnośnie wniesienia wadium przez konsorcjum, w tym w szczególności obowiązku wskazania wszystkich członków konsorcjum w dokumencie wadialnym. Jedynym wymaganiem sformułowanym w ust. 6 rozdziału XI siwz w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej jest to, aby dokument gwarancyjny zawierał zobowiązanie do płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie Zamawiającego w przypadku zajścia okoliczności określonych w ustawie. Wymagania te zostały określone w złożonej przez Konsorcjum Elbud gwarancji wadialnej. Na okoliczność tę, jako istotną dla oceny prawidłowości wniesienia wadium, wskazał także Sąd Okręgowy w Warszawie w orzeczeniu z dnia 14 października

2015 roku, Sygn. akt XXII Ga 1313/15 cyt.: *„Zamawiający mógł wskazać w SIWZ, że w przypadku wnoszenia wadium w postaci gwarancji bankowych bądź ubezpieczeniowych w treści gwarancji powinny znajdować się wszystkie podmioty działające wspólnie, co w przypadku podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia związanych umową konsorcjum oznaczałoby konieczność wymienienia ich wszystkich. Takiej wzmianki jednak w przedmiotowym przypadku nie było. Ostatecznie wadium zostało wniesione w wymaganej w SIWZ wysokości (zamawiający Skarb Państwa – (...) ustanowił wadium w kwocie (...) zł) oraz w zakreślonym terminie, tzn. przed upływem składania ofert, w postaci gwarancji bankowej udzielonej na zlecenie (...) sp. z o.o. i brak jest podstaw do przyjęcia, że w ten sposób nie doszło do skutecznego wniesienia wadium (…)"*
Zwrócić należy uwagę na okoliczność, że gwarancja wadialna złożona wraz z ofertą została wystawiona na Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach, który jest Liderem konsorcjum, prawidłowo umocowanym przez członka konsorcjum – Energo System do wniesienia wadium w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjanci postanowili także, że koszty wniesienia wadium

zostaną rozliczone między stronami umowy konsorcjum w częściach proporcjonalnych do ich udziałów, określonych w § 5 ust. 1 umowy konsorcjum.
Zdaniem Izby, w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne, mając na uwadze całokształt okoliczności faktycznych sprawy - a. złożenie nieodwołanej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji ubezpieczeniowej wadium, w której treści wskazano konkretną nazwę i numer postępowania o zamówienie publiczne, wymieniono wszystkie ustawowe przesłanki zatrzymania wadium, b. złożenie umowy konsorcjum oraz pełnomocnictwa, które jednoznacznie wskazują, że to Lider Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego Elbud został upoważniony przez członka konsorcjum do wniesienia w imieniu Konsorcjum wadium, którego koszty zostaną rozliczone między stronami w częściach proporcjonalnych do ich udziałów - nie można mieć wątpliwości, że wadium zostało skutecznie wniesione i zabezpiecza interesy Zamawiającego w stopniu nie gorszym niż wadium wniesione w gotówce. Brak wskazania wszystkich członków konsorcjum w dokumencie gwarancji nie świadczy o braku wniesienia wadium. Za wadium skutecznie wniesione na gruncie przepisów ustawy Pzp należy uznać wadium, które: zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, w wymaganej wysokości, w formie przewidzianej w ustawie Pzp. A w przypadku wadium wniesionego w formie innej niż pieniężna dodatkowo – spełnia wymagania wynikające z odrębnych przepisów (np. prawa bankowego), zostało wniesione w oryginale. Obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp powstaje dopiero wówczas, gdy wadium jest niezgodne z wyżej wskazanymi wymaganiami.

Na funkcję gwarancyjną i cel wniesienia wadium zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 października 2015 roku, Sygn. akt XXII Ga 1313/15, wskazując:
„ *Analizując powyższy aspekt trzeba przede wszystkim wskazać co zabezpiecza wadium. Kwestia ta uregulowana jest w art. 46 ust. 4a ustawy PZP zgodnie z którym 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 powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej, jak również w art. 46 ust. 5 ustawy PZP w myśl którego 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. Niemniej należy przypomnieć, iż w przedmiotowym postępowaniu jako wykonawca w gwarancji został wskazany lider konsorcjum, któremu udzielono jednocześnie pełnomocnictwa o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy PZP. Pamiętając o zakresie pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum należy wskazać, iż to on w świetle art. 23 ust. 2 ustawy PZP był umocowany do odbierania od zamawiającego wszelkich wezwań o których mowa w art. 26 ust. 3, jak również to on był umocowany do zawarcia umowy w razie wyboru oferty Konsorcjum (...). W powyższym więc kontekście należy zaznaczyć, iż niezłożenie 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, jak również niepodpisanie umowy lub nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub niezawarcie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy obciążałoby bezpośrednio (...) sp. z o.o. i to niezależnie od tego o oświadczenia, czy informacje którego podmiotu należącego do konsorcjum by one dotyczyły. W sytuacji bowiem niewykonania przez Lidera Konsorcjum wezwań lub nie przystąpienia przez niego do zawarcia umowy zamawiający miałoby prawo złożyć oświadczenie o niewykonania przez (...) sp. z o.o. obowiązków, których uchybienie rodziło możliwość uzyskania płatności z gwarancji wadialnej”.*
Ponadto w przywołanym orzeczeniu sąd wskazał, że *„To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego (tak: wyrok*

Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl.). Powyższe zaś

10

---

oznacza, że w razie wezwania pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregokolwiek uczestnika, zwłaszcza lidera konsorcjum oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania przez zamawiającego wadium niezależnie od tego, kto w gwarancji wadialnej został wymieniony jako wykonawca (tak też: M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 25). W doktrynie trafnie wskazuje się, iż odmienna wykładnia jest sprzeczna z istotą umowy konsorcjum, które tworzone jest właśnie po to, by korzystać również z zasobów współkonsorcjanta. W związku z tym dopuszcza się choćby składanie dokumentów z których będzie wynikać, że konsorcjanci wspólnie spełniają warunki wynikające choćby z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy PZP (tak: P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2014, s. 232; J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 132; K. Horubski, T. Kocowski, Spełnianie warunków udziału w postepowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 1, s. 41; A. Chrząszcz, Konsorcjum w zamówieniach publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2013, nr 7, s. 44, K. Gałczyńska-Lisik, Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 10, s. 44). W wyniku bowiem wniesienia do wspólnej oferty wadium przez jednego z uczestników konsorcjum dochodzi do przyjęcia przez niego ryzyka utraty wadium również w przypadku, gdy odpowiedzialność za przyczynę zatrzymania wadium będzie ponosił inny uczestnik konsorcjum (tak: K. Muchowska - Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis). W literaturze trafnie podnosi się, iż w sytuacji w której umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum (tak też SO w Częstochowie z 7.9. 2005 r., VI Ca 527/05; wyr. KIO z 29.9.2009 r., KIO/UZP 1998/11, 2029/11, J. May, Dochodzenie roszczeń przez uczestników konsorcjum, Prawo Zamówień Publicznych 2015, nr 2, s. 76; A. Chrząszcz, Konsorcjum w zamówieniach publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2013, nr 7, s. 47, K. Gałczyńska-Lisik, Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 10, s. 45, M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 26).”

11

Powyższe wywody poczynione przez sąd znajdują w całej rozciągłości zastosowanie w rozpatrywanym stanie faktycznym. Nieuzasadnione jest stanowisko Odwołującego, że gwarancja wystawiona na Lidera konsorcjum nie umożliwia Zamawiającemu zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy Pzp. Przeciwnie, mając na uwadze treść umowy konsorcjum i pełnomocnictwa, z których wynika, że to Lider konsorcjum jest uprawniony do dokonywania wszelkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym: składania w imieniu konsorcjanta wszelkich oświadczeń, składania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz innych dokumentów składanych w postępowaniu, prowadzenia wszelkiej korespondencji związanej z postępowaniem, w tym odbioru korespondencji adresowanej na konsorcjanta a także zawarcia w imieniu konsorcjanta umowy z Zamawiającym o zamówienie publiczne i wniesienia należytego zabezpieczenia umowy, stwierdzić należy, że w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, Gwarant nie może skutecznie uchylić się do zapłaty wadium.

Kolejnym argumentem przemawiającym za skutecznością wniesienia wadium w formie gwarancji, w której wskazano jednego z członków konsorcjum, jest solidarny charakter odpowiedzialności konsorcjantów za wykonanie obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu. Zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W zakresie zabezpieczonego przez wadium obowiązku wniesienia

zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną ustanawia art. 141 ustawy PZP. Również w pozostałym zakresie zabezpieczonym przez wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów jest ukształtowana na wzór odpowiedzialności solidarnej. Powszechnie przyjmuje się, że umowa konsorcjum jest zrównana z umową spółki cywilnej, z którą wykazuje wiele cech wspólnych, a zgodnie z art. 141 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w tym także za zobowiązania względem zamawiającego wynikające z przesłanek zatrzymania wadium. Skutki postępowania któregokolwiek z członków konsorcjum rozciągają się na wszystkich członków konsorcjum. Niespełnienie świadczenia przez któregokolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, oznacza niewykonanie go przez każdego z uczestników i będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej, w treści której wymieniony jest tylko jeden z członków konsorcjum.
W tym zakresie Sąd Okręgowy w przywoływanym już orzeczeniu wskazał, że: *„W doktrynie odpowiedzialność tę wywodzi się z różnych źródeł. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują, iż solidarna odpowiedzialność współkonsorcjantów za konsekwencje uchylenia się od zawarcia umowy jest objęta treścią zobowiązania związanego ze złożeniem oferty (tak: S. Włodyka, M. Spyra, w: System prawa handlowego. Tom 5. Prawo umów handlowych, pod*

red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 621; D. Szczepański, Jeszcze o konsorcjum, Zamówienia Publiczne Doradca 2008, nr 5, s. 41) lub ową solidarność wywodzą z mocy czynności prawnej pomiędzy wykonawcami występującymi wspólnie, którzy przy wniesieniu wadium mają wiedzę jaki jest jego cel i godzą się (w drodze porozumienia) na ryzyko jego utraty w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn po stronie któregokolwiek z nich (K. Muchowska- Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis). Inni wskazują, iż w wyniku złożenia wspólnej oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do zaciągnięcia zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. (tak też: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 134; M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 26; a także: Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06).”
Na aprobatę zasługuje stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, że w zakresie obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną współkonsorcjantów ustanawia art. 141 ustawy Pzp, w pozostałym zakresie solidarność współkonsorcjantów należy wywodzić z treści art. 370 k.c., zgodnie z którym jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. W tym zakresie sąd okręgowy wywiódł: *„ Zgodnie zaś z art. 139 ust. 1 ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ma więc w tym przypadku zastosowanie również art. 70_3 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 70_2 § 3 k.c. zgodnie z którym jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator aukcji, jak i jej uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy. Ponieważ w przedmiotowym przypadku ważność umowy, zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy PZP, zależy od formy pisemnej, toteż ma zastosowanie art. 70_3 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 70_2 § 3 k.c. Powyższe z kolei oznacza, że najpóźniej z chwilą wyboru oferty powstaje po stronie konsorcjantów prawo podmiotowe (wierzytelność), którego treścią jest zawarcie umowy. Prawo to ma charakter majątkowy, i jak już podnoszono w oparciu o art. 23 ust. 3 ustawy PZP przysługuje ono łącznie wszystkim uczestnikom konsorcjum, a wobec tego stanowi ich wspólne mienie w rozumieniu art. 44 k.c. Prawu temu towarzyszy jednocześnie zobowiązanie do zawarcia umowy z zamawiającym. Ostatecznie więc zobowiązanie to dotyczy wspólnego mienia konsorcjantów i także z tego względu w ocenie Sądu Okręgowego zasadnym jest przyjęcie solidarnej odpowiedzialności współkonsorcjantów za zawarcie umowy, co tym bardziej potwierdza wniosek, że gwarancja*

wadialna z wymienieniem tylko jednego uczestnika konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpieczała interesy zamawiającego. Wreszcie zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP wszelkie obowiązki, których niewykonanie może spowodować powstanie po stronie zamawiającego prawa zatrzymania wadium spoczywają łącznie na wszystkich podmiotach wchodzących w skład konsorcjum, a w szczególności na podstawie art. 70 3 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 70 2 § 3 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP w razie wyboru oferty konsorcjum łącznie obciąża obowiązek zawarcia umowy. Zwłaszcza w tym ostatnim kontekście należy zaznaczyć, iż wybór oferty złożonej przez konsorcjum zobowiązuje zamawiającego do zawarcia umowy ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum łącznie i nie jest dopuszczalnym zawarcie umowy jedynie z niektórymi jego uczestnikami, np. w sytuacji gdyby po wyborze oferty konsorcjum doszło do zerwania umowy konsorcjum przez któregokolwiek z jego uczestników. W ocenie Sądu Okręgowego w tych okolicznościach i uwarunkowaniach prawnych nie budzi wątpliwości, iż świadczenia *obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza* świadczenie *polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy mają charakter* świadczenia *niepodzielnego. W tym natomiast zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 k.c. zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do* świadczenia *niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie* świadczenia *jak dłużnicy solidarni. Przyjmując powyższy tok rozumowania również należy stwierdzić, iż odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie* świadczeń, *których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Powyższe zaś również będzie oznaczać, iż każdy z dłużników uznawanych za odpowiadających jak dłużnik solidarny może wykonać zobowiązanie ze skutkiem dla współdłużników. Jeżeli więc jeden z uczestników konsorcjum nie wykonuje* świadczenia, *może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza przez lidera konsorcjum. Niespełnienie zaś* świadczenia *przez którekolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna, a więc będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w której treści jako wykonawca został wymieniony jedynie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego."*

Za prawidłowością przyjętego przez Izbę stanowiska przemawia także okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowa ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego i samoistnego, co oznacza, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę (wykonawcę) z beneficjentem (zamawiającym), będącego podstawą udzielenia gwarancji. Z treści gwarancji złożonej w analizowanym postępowaniu wynika, że jest ona bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie, co w powiązaniu z jej abstrakcyjnym charakterem powoduje, że ewentualna wypłata z tytułu gwarancji nastąpi automatycznie po

złożeniu oświadczenia przez Zamawiającego o zaistnieniu przesłanek skutkujących wypłatą wadium, a gwarant nie będzie mógł odwoływać się do stosunku łączącego zleceniodawcę z beneficjentem czy też dokonywać jakichkolwiek czynności sprawdzających jego żądanie. Na abstrakcyjny charakter ukształtowanej w ten sposób gwarancji bankowego zwraca się uwagę w orzecznictwie, np. wyrok Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2014 r. IV CSK 683/13, niepubl . gdzie wskazuje się m.in., że *„gwarancja na pierwsze* żądanie *sprowadza się do tego, że gwarant powinien dokonać wypłaty sumy gwarancyjnej niezwłocznie po wystąpieniu z takim roszczeniem przez beneficjenta gwarancji, który nabywa uprawnienia do* żądania *wypłaty dopiero w momencie niezrealizowania zobowiązania w ramach stosunku podstawowego. Uprawnienie beneficjenta gwarancji „na pierwsze* żądanie" *realizuje się w* żądaniu *zapłaty sumy gwarancyjnej ze wskazaniem, że okoliczność uprawniająca do takiego* żądania *wystąpiła, bez konieczności realizacji dodatkowych przesłanek, jak np. przedłożenia określonych dokumentów bądź przeprowadzenia innych dowodów".* Za istotną dla rozstrzygnięcia należy także uznać uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1993 r. (sygn. akt III CZP 16/93), która zapadła w składzie 7 sędziów a zatem ma moc zasady prawnej, zgodnie z którą: *„umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz „na pierwsze* żądanie" *jest umową samodzielną, nieakcesoryjną i abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje – odmiennie od innych rodzajów gwarancji - abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz*

dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji".

Potwierdzeniem faktu, że w ramach gwarancji ubezpieczeniowej nr 02GG35/0022/15/0041, Gwarant - InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, odpowiada za całe konsorcjum jest złożone w toku rozprawy oświadczenie Gwaranta z dnia 22.12.2015 roku. Nawet jeśli uznać za słuszne stanowisko, że wskazane oświadczenie nie może być wzięte pod uwagę przez Izbę, z uwagi na złożenie go po terminie składania ofert oraz to, że odnosi się ono do dokumentu gwarancji złożonego na przedłużony termin związania ofertą, to jednak sam charakter gwarancji wadialnej złożonej w ofercie, bez uwzględnienia jej dodatkowych wyjaśnień, przesądza o tym, że konsorcjum Elbud skutecznie wniosło wadium w tym postępowaniu.

15

W świetle przywołanych wyżej argumentów dotyczących: reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, stosowania przepisów dotyczących wykonawcy odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, solidarnej odpowiedzialność członków konsorcjum oraz abstrakcyjnego charakteru gwarancji bezwarunkowej, płatnej na pierwsze żądanie, podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w dacie wystawienia gwarancji wadialnej tj. 15.07.2015 roku umowa konsorcjum jeszcze nie została zawarta (jej zawarcie nastąpiło dnia 31.07.2015), a Gwarant nie mógł mieć wiedzy na temat wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, pozostaje bez znaczenia dla oceny skuteczności zabezpieczenia oferty konsorcjum wadium. Podobnie, za nieistotne z punktu widzenia zasadności argumentów przywołanych przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 października 2015 roku należy uznać poczynione przez Odwołującego spostrzeżenie, że wyrok ten zapadł w odmiennym stanie faktycznym, bowiem rozpatrywane przez sąd postępowanie było prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, zaś postępowanie objęte przedmiotem odwołania jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Podniesione przez sąd okręgowy argumenty, które Izba rozstrzygająca przedmiotowe postępowanie w pełni podziela, znajdują uzasadnienie niezależnie od tego w jakim trybie postępowanie o zamówienie publiczne jest prowadzone.

II. W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania dysponowania wymaganymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z sekcją VI pkt 2 lit. h siwz Zamawiający wymagał od wykonawców, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, wykazania, że wykonawcy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 35 000 000 zł. Potwierdzeniem powyższego wymagania było złożenie informacji z banku (zgodnie z sekcją VII pkt 22).
Celem potwierdzenia spełniania wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu konsorcjum Elbud załączyło na stronie 71 oferty opinię PKO Banku Polskiego S.A. z dnia 25 maja 2015 roku, wystawioną na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Elektroenergetycznego Elbud Sp. z o.o. w Katowicach, w treści której wskazano m.in.: „Na podstawie dokonanej, zgodnie z obowiązującymi w Banku przepisami, oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno- finansowej Firmy przeprowadzonej w oparciu o posiadane w Banku jej dokumenty finansowe sporządzone na dzień 31.12.2014 roku wyrażamy opinię, że Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego Elbud Sp. z o.o. w Katowicach posiada bieżącą zdolność kredytową do kwoty 100 000 000 PLN (sto milionów)"

16

W ostatnim akapicie wskazano, że bank udziela powyższych informacji „w oparciu o dane zawarte w systemach Banku PKO BP SA, według stanu na dzień 24.05.2015r, stanowiące tajemnicę bankową w rozumieniu przepisów ustawy Prawo bankowe".
Izba ustaliła także, że termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na dzień

3.08.2015 roku.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego, że w treści przywołanej opinii bank określił zdolność kredytową na dzień 31.12.2015 roku, a więc na dzień przypadający wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, nie zasługuje na uznanie. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231) celem potwierdzenia spełniania warunków udziału przez wykonawcę, zamawiający może żądać informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Prawodawca uznał zatem, że za aktualną należy uznać informację z banku, której data wystawienia przypada nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Nie ulega żadnej wątpliwości, że opinia bankowa złożona wraz z ofertą przez konsorcjum Elbud została wystawiona w dniu 25 maja 2015, a więc przed upływem 3 miesięcznego terminu wyznaczonego na składanie ofert.
W ocenie Izby, za istotną z punktu widzenia oceny aktualności dokumentu należy uznać datę jego wystawienia. Wskazanie zaś w treści opinii, że oceny dokonano w oparciu o posiadane przez bank dokumenty finansowe sporządzone na dzień 31.12.2014 roku dotyczy daty sporządzenia samych dokumentów księgowych spółki (np. sprawozdań finansowych) w oparciu o które dokonano oceny zdolności kredytowej na dzień 25.05.2015 roku. Data sporządzenia dokumentów finansowych na podstawie których bank dokonał oceny zdolności kredytowej wykonawcy pozostaje bez znaczenia dla aktualności wystawienia tego dokumentu. Metoda oceny zdolności kredytowej podmiotu, w tym zakres i aktualność dokumentów w oparciu o które bank dokonuje oceny, jest sprawą wewnętrzną banku i nie może ona być przedmiotem badania przez Zamawiającego, dla którego istotna jest jedynie data wystawienia opinii banku.
W konsekwencji, za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Elbud z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, jak również za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

polegający na zaniechaniu wezwania konsorcjum Elbud do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

III. W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem, Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z sekcją VI pkt 2 lit. e SIWZ Zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia przez wykonawców spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wykazania, że:
„W okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wykonawca wykonał co najmniej jeden projekt budowlany dla budowy linii napowietrznej prądu przemiennego z przewodem OPGW, o napięciu 220 kV lub 400 kV o długości co najmniej 20 km, na podstawie, którego pozyskano ostateczną decyzję pozwolenia na budowę (lub odpowiadającego decyzji o pozwoleniu na budowę rozstrzygnięcia właściwego organu kraju, w którym inwestycja była realizowana) oraz co najmniej jeden projekt wykonawczy dla budowy linii napowietrznej prądu przemiennego z przewodem OPGW, o napięciu 220 kV lub 400 kV o długości co najmniej 20 km, zrealizowany lub odebrany”.
Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wykazu projektów wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (sekcja VIII pkt 16 siwz).

W sekcji X pkt 1 siwz zamawiający wskazał na „obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę części zamówienia polegającego na a. opracowaniu projektów budowlanych i wykonawczych dotyczących budowy linii napowietrznej prądu przemiennego z przewodem OPGW o napięciu 400kV”.
Zgodnie z rozdziałem VII część I siwz, pkt 24 - w przypadku, gdy Wykonawca polega na

zdolnościach finansowych, wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia, innych podmiotów, dowód, że Wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji spoczywa na Wykonawcy. Dowodem takim jest w szczególności pisemne zobowiązanie od innych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zobowiązanie powinno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu. Wzór zobowiązania Zamawiający określił części III SIWZ - wzór nr 10.
Celem potwierdzenia wyżej wskazanego wymagania konsorcjum Elbud załączyło na stronach 65-66 oferty Wykaz wykonanych projektów, gdzie wskazano na:

1. Budowa linii 400kV Pasikurowice - Wrocław, napięcie 400+2x110KV, długość 48 km.
2. Budowa linii 400kV od stacji Ostrów do Linii Rogowiec-Trębaczew, napięcie 400kV, długość 106,48km

---

W obu przypadkach wskazano w kolumnie „nazwa i adres Wykonawcy lub podmiotu udostępniającego potencjał" – Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach.
W pkt 1 na stronie 66 oferty w pozycji „W przypadku gdy część kluczowa zamówienia będzie wykonywana przez podmiot udostępniający potencjał (podwykonawca wskazany w tabeli powyżej) należy podać nazwę podmiotu" wykonawca podał – Biuro Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt Poznań S.A.
Do oferty nie załączono dowodów potwierdzających należyte wykonanie projektów.
Na stronie 83 oferty załączono zobowiązanie Biura Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt Poznań S.A. do udostępnienia Przedsiębiorstwu Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach zasobów w postaci:

1. „Projektantów w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
2. Projektantów w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
3. Projektantów specjalności instalacyjno - inżynieryjnej w zakresie instalacji sanitarnych.

Sposób i zakres w jaki powyższe zasoby będą udostępnione: udostępnienie wiedzy i doświadczenia tj. udostępnienie zasobów ludzkich z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń".
W dniu 3.09.2015 roku Zamawiający wezwał konsorcjum Elbud do złożenia dokumentów oraz wyjaśnienia treści oferty, wskazując na rozbieżność w zakresie podmiotu wykazanego na stronie 65 i 66 oferty tj. podmiotu wykonującego kluczową część zamówienia a wykonawcą projektów ujętych w Wykazie. Ponadto Zamawiający wskazał, że w ofercie brak jest wykazu i referencji dotyczących projektów wykonanych przez Biura Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt Poznań S.A. (dalej Energoprojekt). Zamawiający zwrócił także uwagę, że z treści załączonego do oferty zobowiązania Energoprojekt do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, nie wynika, że Energoprojekt udostępniło wykonawcy zasoby w zakresie wymaganego doświadczenia określonego w punkcie VI.2 lt.e części I siwz. W związku z tym Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia zobowiązania, którego treści potwierdza udostępnienie ww. zasobów.
Pismem z dnia 17.09.2015 roku, konsorcjum Elbud wyjaśniło, że w ofercie wskazany został jako podmiot wykonujący kluczową część zamówienia podwykonawca Energoprojekt, który będzie wykonywał całość prac projektowych jako podwykonawca. Do pisma konsorcjum Elbud załączyło wykaz wykonanych projektów, gdzie ujęto:
Budowę linii 400kV+2x110 kV Pasikurowice - Wrocław oraz rozbudowa stacji Pasikurowice o pole linowe 400 kV, napięcie 400+2x110KV, długość 48 km, której odbiorcą było PBE Elbud Warszawa Sp. z o.o. zaś wykonującym (podmiotem udostępniającym) Energoprojekt.

Załączono także zobowiązanie „uzupełniające" z dnia 7.09.2015 roku, w którym podmiot trzeci - Energoprojekt udostępnia Elbud Katowice Sp. z o.o. wiedzę i doświadczenie określone w punkcie VI.2 lt.e części I siwz tj. „wykonanie co najmniej jednego projektu budowlanego dla budowy linii napowietrznej prądu przemiennego z przewodem OPGW, o napięciu 220 kV lub 400 kV o długości co najmniej 20 km, na podstawie, którego pozyskano ostateczną decyzję pozwolenia na budowę (lub odpowiadającego decyzji o pozwoleniu na

budowę rozstrzygnięcia właściwego organu kraju, w którym inwestycja była realizowana) oraz co najmniej jednego projektu wykonawczego dla budowy linii napowietrznej prądu przemiennego z przewodem OPGW, o napięciu 220 kV lub 400 kV o długości co najmniej 20 km, zrealizowanego lub odebranego".
W treści zobowiązania wskazano na sposób i zakres w jaki zasoby będą udostępnione: „podwykonawstwo polegające na udostępnieniu poświadczeń należytego wykonania prac projektowych w zakresie zgodnym z wymogami siwz i opisanymi wyżej, poświadczających wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego". Charakter stosunku, jaki będzie nas łączył w Wykonawcą: umowa o podwykonawstwo dokumentacji projektowej oraz technicznej oraz pozyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, zgodnie z harmonogramem prac projektowych w okresie trwania realizacji zamówienia oraz w okresie rękojmi i gwarancji"
Ponadto załączono list referencyjny z dnia 20.06.2013 roku, wystawiony przez Elbud Warszawa potwierdzający należyte wykonanie prac, podpisany przez Prezesa Spółki - Jerzego Wierzchowskiego. Na dokumencie tym widnieje także pieczęć „zgodność z oryginałem sprawdzono w BSiPE Energoprojekt Poznań S.A." i podpis Prokurenta Energoprojekt Poznań mgr inż. Zbigniewa Stolpe.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:
Nie zasługuje na uznanie twierdzenie Odwołującego, że zarówno załączone do oferty konsorcjum Elbud, jak i uzupełnione w dniu 17.09.2015 roku oświadczenie podmiotu trzeciego nie stanowią pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Z treści udzielonych przez konsorcjum Elbud wyjaśnień w dniu 17.09.2015 roku jak również z samego zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia na rzecz Elbud Katowice Sp. z o.o. nastąpiło poprzez udział podmiotu trzeciego tj. Energoprojekt w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. W pozycji „charakter stosunku, jaki będzie nas łączył w Wykonawcą" wskazano wprost, że strony zobowiązania będzie łączyła umowa o podwykonawstwo dokumentacji projektowej oraz technicznej wraz z pozyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, zgodnie z harmonogramem prac projektowych w okresie trwania realizacji zamówienia oraz w okresie rękojmi i gwarancji. Zobowiązanie tego typu, w którym

podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy jest zobowiązaniem realnym, rzeczywistym, spełniającym wymagania określone w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. W treści zobowiązania wskazano, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi w siwz na: zakres zasobów podlegających udostępnieniu (projektanci, wiedza i doświadczenie), sposób udostępnienia zasobów (udostępnienie zasobów ludzkich oraz podwykonawstwo), charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udostępniający z wykonawcą (umowa o podwykonawstwo), zobowiązania podmiotu udostępniającego (opracowanie dokumentacji projektowej) oraz okres na jaki umowa została zawarta (w okresie trwania umowy oraz rękojmi i gwarancji).
Wskazać należy, że przywołany przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp wymaga przedstawienia pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, nie wymaga natomiast, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, oznaczenia konkretnego świadczenia tj. precyzyjnego wskazania zachowań lub zaniechań, które określałyby obowiązki podmiotu trzeciego względem wykonawcy. Takie szczegółowe uregulowania tj. sprecyzowanie konkretnych działań podmiotu trzeciego nastąpi w umowie o podwykonawstwo, którą strony w oparciu o złożone oświadczenie zobowiązują się zawrzeć. Niezależnie od tego wskazać należy, że w treści zobowiązania podmiotu trzeciego, załączonego do pisma z dnia 17.09.2015, wskazano, że podwykonawca wykona dokumentację projektową oraz techniczną wraz z pozyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, a zatem i zakres świadczenia został w nim określony. Uzupełnione w dniu 17.09.2015 roku zobowiązanie podmiotu trzeciego należy rozpatrywać łącznie ze złożonym wraz z ofertą zobowiązaniem oraz Wykazem projektów, w którym podano, że Energoprojekt zdobyło niezbędną wiedzę i doświadczenie przy realizacji projektu dotyczącego budowy linii 400kV+2x110kV Pasikurowice-Wrocław i tę właśnie wiedzę i doświadczenie udostępnia Elbud, zobowiązując się jednocześnie do udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy dokumentacji projektowej. Zupełnie niezrozumiałe jest zatem twierdzenie Odwołującego, że z oświadczeń Energoprojekt nie

wynika jaką wiedzę i doświadczenie podmiot trzeci udostępnia i w jaki sposób to zrobi.
W obu zobowiązaniach (z dnia 24.06 oraz 7.09) podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie opracowania dokumentacji projektowej i wykonawczej.
W przypadku pierwszego zobowiązania z dnia 24.06, załączonego do oferty, jako nośnik wiedzy i doświadczenia wskazano na zespół projektantów tj. udostępnienie zasobów ludzkich z uprawnieniami do projektowania bez ograniczeń.
Nie można zgodzić się także z twierdzeniem Odwołującego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 7.09.2015 roku nie potwierdza, że zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostały udostępnione nie później niż w dacie składania ofert. Stanowisko to jest sprzeczne z

---

treścią samego oświadczenia z dnia 7.09.2015 roku, w którym potwierdzono, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpiło zobowiązaniem z dnia 24.06.2014 roku a zobowiązanie z dnia 7.09.2015 roku potwierdza jedynie, że od dnia 24.06.2015 Elbud ma prawo korzystać z zasobów Energoprojekt w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zatem zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, z treści złożonego na wezwanie Zamawiającego zobowiązania podmiotu trzeciego, jasno wynika, że potwierdza ono spełnianie wymagań nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.
Wobec wycofania w toku rozprawy zarzutu dotyczącego braku poświadczenia za zgodność z oryginałem treści referencji, Izba pozostawiła go bez rozpoznania.
W konsekwencji niezasadnym jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp w związku z art. 353 § 1 i 2 kc polegający na błędnym przyjęciu, że zobowiązania podmiotu trzeciego w sposób dostateczny kreują świadczenie Energoprojekt oraz na uznaniu, że treść tych oświadczeń udowadnia realne dysponowanie przez konsorcjum Elbud wiedzą i doświadczeniem.
Izba oddaliła także zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wskazując, że konsorcjum Elbud wykazało spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, a udostępnienie zasobów podmiotów trzeciego ma charakter realny.

IV. W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Izba ustaliła co następuje:

W sekcji VI pkt 1 lit i siwz Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykazali że dysponują wskazanymi w siwz osobami:
- Odnośnie specjalisty ds. komunikacji społecznej Zamawiający wymagał wskazania min. 2 osób, które posiadają: wykształcenie: wyższe, kwalifikacje: ukończone studia podyplomowe lub szkolenia w zakresie (jeden: mediacje, negocjacje, szkolenia trenerskie, wystąpienia publiczne), Doświadczenie zawodowe: - minimum 5 lat doświadczenia w obszarze komunikacji, w tym minimum 2 lata doświadczenia przy realizacji zadań związanych z komunikacją społeczną w procesach inwestycji infrastrukturalnych celu publicznego (np. linia najwyższych napięć (od 220kV do 400kV), drogi, gazociągi, wodociągi): realizacja działań konsultacyjnych, informacyjnych, edukacyjnych oraz działań skierowanych do władz lokalnych i regionalnych.
- umiejętności negocjacyjne lub mediacyjne potwierdzone odpowiednimi certyfikatami z tego zakresu.

Celem potwierdzenia wymagań w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, konsorcjum Elbud złożyło Wykaz osób (strona 73-82 oferty), wskazując na stanowisko specjalisty ds. komunikacji społecznej dwie osoby: A. R. – K. oraz J. S. .
Odnośnie A. R. – K. wskazano: Wykształcenie: wyższe, Kwalifikacje: od 1998 roku zajmuje się komunikacją społeczną (szkolenia, zajęcia dla grup studenckich, konsultacje rynkowe, projekty, badania naukowe), Doświadczenie zawodowe: -od 2013 roku współpraca w zakresie komunikacji społecznej przy projektach elektroenergetycznych.
Odnośnie J. S. wskazano: Wykształcenie: wyższe, Kwalifikacje: od 2013 roku zajmuje się komunikacją społeczną (badania, projekty), Doświadczenie zawodowe: - od 2013 roku

współpraca w zakresie komunikacji społecznej przy projektach elektroenergetycznych.
W odniesieniu do obu osób na stanowisko specjalistów ds. komunikacji społecznej podano, że dysponowanie nimi wynika z zobowiązania podwykonawcy MWI - Medialne Wsparcie Inwestycji M. Ł., które załączono na stronie 121 oferty.
W odniesieniu do osób wskazanych w poz. 2 - 6 Wykazu osób tj. projektantów branży elektrycznej, projektantów branży budowlanej oraz projektanta branży budowlanej w zakresie instalacji wodno - kanalizacyjnych, podano informację, że wykonawca dysponuje nimi na podstawie zobowiązania Energoprojekt, które załączono na stronie 83 oferty.

Pismem z dnia 17.09.2015 roku Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3, ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oferty, wskazując w zakresie specjalistów ds. komunikacji społecznej (1 osoba), że doświadczenie zawodowe i kwalifikacje osoby wskazanej w poz. 17 Wykazu osób – A. R.- K., nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych w pkt. VI.2 lit.i lp.11 Części I SIWZ. Zamawiający zwrócił się o „stosowne uzupełnienia informacji w zakresie ww. braku, w przypadku gdy wskazane osoby nie spełniają wymagań określonych w warunku udziału w postępowaniu, o uzupełnienie wykazu o ww. osoby spełniające wymagania SIWZ (…)".
W odpowiedzi, pismem z dnia 25.09.2015 roku, konsorcjum Elbud złożył wyjaśnienia w których szczegółowo opisał kwalifikacje i doświadczenie zawodowe osób: projektantów branży elektrycznej, projektantów branży budowlanej, projektantów branży sanitarnej oraz osoby przewidzianej na stanowisko specjalisty ds. komunikacji społecznej – A. R.- K. .

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:
Po pierwsze, nie można zgodzić się z Odwołującym, że z treści zobowiązania Energoprojekt z dnia 24.06.2015 roku nie wynika, że Energoprojekt dysponuje i zobowiązuje się udostępnić Elbud projektantów tj. osoby wymienione w poz. 2-6 Wykazu osób. W zobowiązaniu tym wskazano, że Energoprojekt udostępnia Elbud Katowice Sp. z o.o. zasobów w postaci:

projektantów w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, projektantów w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz projektantów specjalności instalacyjno - inżynieryjnej w zakresie instalacji sanitarnych.
Zobowiązanie podmiotu trzeciego należy rozpatrywać łącznie z Wykazem osób, w którym podano konkretne nazwiska i dane projektantów, którymi na podstawie załączonego do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego dysponuje konsorcjum Elbud. Przy każdej z osób ujętych w poz. 2-6 wskazano, że dysponowanie nią wynika z zobowiązania podwykonawcy Energoprojekt, zatem nie ulega żadnych wątpliwości, że osobami udostępnionymi na podstawie zobowiązania Energoprojekt są właśnie projektanci wskazani w poz. 2-6 Wykazu osób.
Po drugie, niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że odnośnie osoby wskazanej na stanowisko specjalisty ds. komunikacji społecznej - p. A. R.- K. nie wykazano w sposób wystarczający spełniania wymagań określonych w sekcji VI pkt 1 lit i ppkt 11 siwz. Z treści Wykazu osób, załączonego do oferty oraz wyjaśnień złożonych pismem z dnia 25.09.2015 roku, wynika, że p. A. R. – K. ukończyła szkolenia warsztatowe „Prezentacje i wystąpienia publiczne w praktyce" oraz szkolenie w zakresie negocjacji. W zakresie doświadczenia w wyjaśnieniach wskazano, że od 2012 roku pracuje jako specjalista ds. komunikacji społecznej przy projektach elektroenergetycznych PSE S.A. realizując zadania inwestycyjne: modernizacja linii elektroenergetycznej 220 kV Janów-Piotrków, modernizacja linii elektroenergetycznej 400kV relacji Tucznawa –Rogowiec, Joachimów-Rogowiec 3, modernizacja linii 220 kV na terenie spółki PSE- Południe S.A.
Zakres i charakter inwestycji infrastrukturalnych, w których p. A. R. – K. brała udział, wskazuje na to, że zakres obowiązków jaki został powierzony osobie na stanowisko specjalisty ds. komunikacji społecznej tych inwestycji musiał obejmować realizację działań konsultacyjnych, informacyjnych, edukacyjnych oraz działań skierowanych do władz lokalnych i regionalnych.
Po trzecie, niezasadnym jest twierdzenie Odwołującego, że konsorcjum Elbud wbrew żądaniu Zamawiającego do uzupełnienia wykazu osób, złożyło jedynie wyjaśnienia, co w ocenie Odwołującego stanowi samodzielną przesłankę do wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu. Podnieść należy, że z samej treści wezwania z dnia 17.09.2015 roku wynika, że Zamawiający wzywa do złożenia (uzupełniania) dokumentów lub wyjaśnienia

treści oferty, w trybie art. 26 ust. 3, ust. 4 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że samo złożenie wyjaśnień stanowi spełnienie żądań Zamawiającego. Niezależnie jednak od tego czy złożone przez konsorcjum pismo z dnia 25.09.2015 roku ocenić jako wyjaśnienia treści oferty czy też jako uzupełnienie dokumentów, istotnym jest to, że potwierdza ono spełnienie wymagań odnośnie doświadczenia i kwalifikacji osób, jakie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Izba podzieliła natomiast stanowisko Odwołującego, że odnośnie drugiej osoby wskazanej na stanowisko specjalisty ds. komunikacji społecznej - p. J. S. konsorcjum Elbud nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji VI pkt 1 lit. i lp. 11 Części I SIWZ. Wskazane w treści Wykazu osób, kwalifikacje i doświadczenie p. J. S. nie potwierdzają spełnienia wymagań opisanych przez Zamawiającego. Z uwagi na to, że wezwanie z dnia 17.09.2015 roku wskazywało wyłącznie na niespełnienie wymagań odnośnie p. A. R.- K. i nie odnosiło się do drugiej osoby przewidzianej na stanowisko specjalisty ds. komunikacji społecznej – p. J. S., w ocenie Izby koniecznym jest zrealizowanie przez Zamawiającego obowiązku, wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwanie konsorcjum Elbud do złożenia uzupełnienia w tym zakresie. Obowiązkiem wykonawców, biorących udział w postępowaniu o zamówienie publiczne jest wykazanie spełniania wymagań opisanych przez Zamawiającego w treści oferty, stąd wiedzy na temat kwalifikacji czy doświadczenia osób nie można czerpać z innych niż treść oferty źródeł, w tym wiedzy wynikającej z dotychczasowej pracy osób przy realizacji zadań na rzecz Zamawiającego.

Izba nie może wziąć także pod uwagę przy ocenie spełnienia wymagań odnośnie p. J. S. pisma z dnia 4.01.2016 roku, załączonego do odpowiedzi na odwołanie, w którym wskazano na doświadczenie i kwalifikacje osoby na stanowisko specjalisty ds. komunikacji społecznej. Pismo to zostało złożone po wyborze oferty najkorzystniejszej, a nawet po wniesieniu odwołania, co powoduje, że Odwołujący nie miał możliwości zapoznać się z jego treścią i w sposób właściwy sformułować zakresu zarzutów. Podkreślić należy, że zakres kognicji Izby ogranicza się do oceny prawidłowości działań i zaniechań Zamawiającego, jakie podjął w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Złożone w dniu 4.01.2016 roku pismo, tj. już po wyborze oferty najkorzystniejszej i bez uprzedniego unieważnienia tego wyboru przez Zamawiającego, nie jest pismem złożonym w toku procedury o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie nie może podlegać ocenie Izby. Zamawiający, dysponując pismem z dnia 4.01.2016 roku, winien zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie Pzp, unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i ocenić wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dopiero wynik tak dokonanej oceny mógłby być poddany pod rozwagę Izby. Przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, na który powołuje się Zamawiający, wskazując na możliwość uwzględnienia przez Izbę pisma z dnia 4.01.2016 roku, koresponduje z treścią art. 316 KPC, gdzie przewidziano, że sąd przy wyrokowaniu bierze się pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy.
Z przepisu art. 316 § 1 KPC wynika zasada, zgodnie z którą podstawą rozstrzygnięcia roszczenia jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, przy czym

sformułowanie „stan rzeczy” obejmuje stan faktyczny oraz stan prawny w zakresie prawa materialnego.
Analogicznie w przypadku postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że wydając wyrok Izba stosuje obowiązujące w chwili zamknięcia rozprawy przepisy prawa materialnego i odtworzony stan faktyczny sprawy, jaki miał miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba bada legalność działań i zaniechań Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.
W ocenie Izby wykazane naruszenie przepisów ustawy Pzp tj. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co skutkuje koniecznością jego uwzględnienia w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..…..

……..

……