

Sygn. akt: KIO 2067/15  
KIO 2069/15  
KIO 2071/15

**WYROK**  
**z dnia 8 października 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: –

**Przewodniczący: Anna Chudzik**  
**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2015 r. w Warszawie odwołań  
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) w dniu 23 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, AJM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** (sygn. akt KIO 2067/15),
  - 2) w dniu 24 września 2015 r. przez **STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 2069/15),
  - 3) w dniu 24 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Firma ATLINE Sp. j. S. P. z siedzibą w Łodzi, TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt KIO 2071/15),
- w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie**,  
przy udziale:
- 1) wykonawcy **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2067/15, KIO 2069/15 oraz KIO 2071/15,
  - 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, AJM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszających

---

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie  
o sygn. akt KIO 2069/15,

- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Firma ATLINE Sp. j. S. P. z siedzibą w Łodzi, TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2069/15,

**orzeka:**

**I. Sygn. akt KIO 2067/15**

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **POLAQUA Sp. z o.o., AJM Sp. z o.o.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **POLAQUA Sp. z o.o., AJM Sp. z o.o.** na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**II. Sygn. akt KIO 2069/15**

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża **STEKOP S.A.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od STEKOP S.A. na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

### III. Sygn. akt KIO 2071/15

1. Oddala odwołanie,

2

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma ATLINE Sp. j. S. P., TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma ATLINE Sp. j. S. P., TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

3

Sygn. akt: KIO 2067/15

KIO 2069/15

KIO 2071/15

### Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie prowadzi w trybie – przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Przebudowa ogrodzenia i systemu ochrony terenu technicznego składu materiałowego w zakresie oświetlenia i zewnętrznych systemów alarmowych i TV przemysłowej z WDR w Jednostce Wojskowej 4226 Hajnówka*.

Sygn. akt KIO 2067/15

W dniu 14 września 2015 r. Konsorcjum: Polaqua Sp. z o.o., AJM Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że składając ofertę wniósł wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej 21 lipca 2015 r. przez bank Societe Generale S.A. Oddział w Polsce. W treści gwarancji jako podmiot zlecający został wymieniony lider konsorcjum, tj. Polaqua sp. z o.o., przy czym podmiot ten działał jako pełnomocnik konsorcjum w oparciu o pełnomocnictwo z 16 lipca 2015 r.. Pełnomocnictwo to było znane Zamawiającemu, gdyż zostało one dołączone do oferty Odwołującego. W dniu 14 września 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Skanska jako najkorzystniejszej. Zamawiający wykluczył Odwołującego z uwagi na to, że oferta ta nie była prawidłowo zabezpieczona wadium.

Odwołujący podniósł, że jego oferta została zabezpieczona wadium w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ

i ogłoszeniu o zamówieniu oraz dawała Zamawiającemu możliwość skorzystania z wniesionego zabezpieczenia. Odwołujący potwierdził, że oferta została złożona przez dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przy czym Polaqua Sp. z o.o. została ustanowiona pełnomocnikiem tych wykonawców w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a AJM Sp. z o.o. był parterem, który umocował spółkę Polaqua do działania w jego imieniu we wszystkich czynnościach związanych z udziałem konsorcjum w postępowaniu, w tym w szczególności do wniesienia wadium i przedłużenia okresu jego ważności. Potwierdzeniem szerokiego zakresu umocowania lidera konsorcjum (Polaqua sp. z o.o.) jest treść pełnomocnictwa konsorcjalnego z 16 lipca 2015 r.

4

Odwołujący podniósł, że możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców wspólnie została przewidziana wprost w art. 23 ustawy Pzp. Warunkiem wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o zamówienie jest ustanowienie pełnomocnika do reprezentowania wykonawców albo reprezentowania ich zarówno w postępowaniu, jak i przy zawieraniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 ustawy Pzp). Pełnomocnictwo konsorcjalne z 16 lipca 2015 r. stanowiło realizację tego obowiązku. Na mocy tego pełnomocnictwa Polaqua Sp. z o.o. została upoważniona do reprezentowania wszystkich wykonawców, w tym do samodzielnego podejmowania wszystkich wymaganych czynności związanych z procesem składania oferty, m.in. podpisania oferty, formularzy innych wymaganych oświadczeń lub dokumentów, a także do wniesienia wadium i przedłużenia jego ważności. Bezsprzeczne jest, że pełnomocnictwo to było udzielone w sposób skuteczny i ważny, przez osoby uprawnione do reprezentowania obu wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, przez sformułowanie *wniesienie wadium*, do której to czynności pełnomocnik konsorcjum został upoważniony, należy rozumieć całokształt czynności niezbędnych do przekazania Zamawiającemu ważnego wadium. W przypadku wadium wnoszonego w postaci gwarancji bankowej uprawnienie to obejmowało m.in. wybór banku gwaranta, uzgodnienie z nim treści gwarancji bankowej, uzyskanie od gwaranta dokumentu gwarancji wadialnej, wystawionej zgodnie z wymogami SIWZ i jego przekazanie Zamawiającemu. Z uwagi na udzielone pełnomocnictwo, wszystkie działania i zaniechania podejmowane przez pełnomocnika konsorcjum odnoszą skutek wobec wszystkich członków konsorcjum. Podobnie wszystkie działania podejmowane przez Zamawiającego skierowane do wszystkich członków konsorcjum winny być kierowane wobec pełnomocnika konsorcjum.

Odwołujący powołał się na przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym wszystkie przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższe oznacza m.in., że obowiązki jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy będą dotyczyły wszystkich wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu. Wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie winni być traktowani jak jeden wykonawca. Przykładowo, gdy ofertę składa pełnomocnik konsorcjum, to ta oferta jest traktowana jako oferta całego konsorcjum. Podobnie, wezwanie do uzupełnienia braków w dokumentacji przetargowej przekazane pełnomocnikowi konsorcjum dotyczy braków w dokumentacji całego konsorcjum i jej nieuzupełnienie w terminie, niezależnie od tego czy braki dotyczą części dokumentacji pełnomocnika konsorcjum, czy też któregośkolwiek z innych członków konsorcjum, skutkować będzie wykluczeniem z postępowania całego konsorcjum i odrzuceniem jego oferty.

Zdaniem Odwołującego, złożenie gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz (zlecenie) pełnomocnika konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty całego

5

konsorcjum, a Zamawiający może skutecznie się z tego zabezpieczenia zaspokoić. Podstawą skorzystania z gwarancji, zgodnie z jej treścią, jest złożenie przez Zamawiającego do banku (gwaranta) pisemnego żądania zapłaty zawierającego oświadczenie, że kwota roszczenia jest wymagalna w związku z zajściem następującego zdarzenia lub zdarzeń określonych w treści gwarancji. Każde z tych zdarzeń będzie się materializowało niezależnie od tego, czy będzie to spowodowane działaniem samego pełnomocnika konsorcjum, czy też tylko członka konsorcjum. Zawsze kiedy pełnomocnik konsorcjum, zlecający gwarancję, nie podpisze umowy z Zamawiającym, spełni się jeden z warunków wypłaty sumy gwarancji wadialnej przez gwaranta, niezależnie od przyczyn tego zaniechania. Podobnie jeśli umowa

stanie się niemożliwa do zawarcia z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez pełnomocnika konsorcjum.

Odwołujący podniósł, że już w trakcie postępowania przetargowego wszyscy konsorcjanci zaciągają zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia (złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się z możliwością zaciągnięcia zobowiązania majątkowego), na co godzą się m.in. w ramach udzielanego pełnomocnictwa konsorcjalnego. Art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 370 k.c. prowadzi to do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym należy przyjąć, że skutki zachowania jednego członka konsorcjum rozciągają się na wszystkich współkonsorcjantów, a w konsekwencji mogą prowadzić do zatrzymania wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Ponadto wszyscy członkowie konsorcjum odpowiadają także za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników konsorcjum. Zgodnie bowiem 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 każdym z tych zdarzeń Zamawiający może kierować swe żądanie (zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, uzupełnienia stosownych dokumentów, oświadczeń, etc.) do pełnomocnika konsorcjum i niezależnie od przyczyn (nawet, gdy dotyczą one tylko wykonawcy AJM Sp. z o.o.), brak uczynienia zadość temu wezwaniu będzie uprawniał Zamawiającego do złożenia oświadczenia, że Polaqua Sp. z o.o. (zdefiniowana jako wykonawca w gwarancji wadialnej) nie wykonuje swych zobowiązań, a tym samym spełnia się przesłanka do skorzystania z gwarancji.

6

Odwołujący wskazał, że instytucja wadium nie została szczegółowo uregulowana w przepisach prawa. Definicją wadium zawiera art. 704 § 1 i 2 zd. 1 k.c. Kodeks cywilny opisuje jedynie samą istotę wadium, nie wprowadzając jednak żadnych szczegółowych regulacji co do jej formy. Bardziej szczegółowe postanowienia zostały zawarte w art. 45 i 46 ustawy Pzp. Przepisy te wskazują przykładowe formy wniesienia wadium, jednak także nie determinują ich treści, np. co do treści gwarancji bankowej. Również szczegółowe przepisy prawa bankowego zawarte w art. 81 wskazują jedynie na definicję samej gwarancji bankowej bez ustalania wymogów co do treści samego dokumentu. Na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do określenia w SIWZ szczegółowych wymagań dotyczących wadium. Zamawiający ma zatem instrument do uregulowania sposobu wnoszenia wadium, w tym także wadium wnoszonego przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Zamawiający skorzystał z tych uprawnień w przedmiotowym postępowaniu. W rozdziale VIII pkt 3 ppkt 4 SIWZ Zamawiający m.in. stwierdził, że: *W przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia wadium może być wniesione przez pełnomocnika wykonawców.* Wyżej opisane wymogi co do wadium określone przez Zamawiającego w SIWZ zostały przez Odwołującego spełnione. Wadium zostało bowiem wniesione przez pełnomocnika wykonawców tj. Polaqua Sp. z o.o. Zamawiający od momentu ogłoszenia SIWZ jest związany jego postanowieniami i obecnie nie może czynić Odwołującemu zarzutu z racji tego, że ten zastosował się do wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego złożona przez niego gwarancja wadialna zabezpieczała w pełni interesy Zamawiającego. Zgodnie z jej treścią miała ona charakter nieodwołalny i bezwarunkowy. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego, że w treści gwarancji należało wpisać także innych członków konsorcjum (nie tylko pełnomocnika) przeczy jego pierwotnym żądaniom i jest przykładem nadmiernego formalizmu w postępowaniach o zamówienia publiczne. Gdyby przyjąć pogląd Zamawiającego za właściwy, należałoby zakwestionować także usankcjonowaną przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej możliwość wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w częściach, w postaci kilku odrębnych gwarancji bankowych, których wspólna suma odpowiadałaby wysokości żądanego wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

7

Sygn. akt KIO 2069/15

W dniu 24 września 2015 r. wykonawca STEKOP S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 13 sierpnia 2015 r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych. Zamawiający uznał, że jedna ze wskazanych w wykazie robót budowlanych nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wskazał Zamawiającemu, przekazując jednocześnie dodatkowe dokumenty, że pozostaje on w błędzie co do niespełniania wymagań przez jedną z wskazanych w wykazie robót budowlanych. Dnia 14 września 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że zgodnie z SIWZ wykonawcy w zakresie posiadania niezbędnych do realizacji zamówienia wiedzy i doświadczenia, powinni wykazać, że *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej 2 roboty budowlane o podobnym zakresie rzeczowym do robót będących przedmiotem zamówienia, tj. – co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie ogrodzenia terenu o długości minimum 5 000 mb wraz z wykonaniem zewnętrznego systemu alarmowego i obwodnicy oświetleniowej, oraz – co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie obiektu budowlanego wraz z wykonaniem instalacji teletechnicznych w tym systemów alarmowych, a wartość tej roboty nie może być niższa niż 5 000 000 PLN netto*. W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku wykonawcy powinni złożyć oświadczenie oraz wykaz robót budowlanych, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odwołujący, w celu wykazania spełnienia wyżej zacytowanego warunku Zamawiającego, wskazał w wykazie cztery roboty budowlane. W celu wykazania spełnienia warunku w zakresie realizacji co najmniej jednej roboty polegającej na budowie lub przebudowie ogrodzenia terenu Odwołujący wskazał w pozycji 1 wykazu robót budowlanych robotę wykonaną na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie (czyli na rzecz Zamawiającego), polegającą na przebudowie ogrodzenia terenu wraz z zaprojektowaniem i wykonaniem zintegrowanego systemu ochrony obwodowej z zastosowaniem sensorów doziemnych i barier mikrofalowych na całej długości ogrodzenia

8

zewnętrznego (długości ok. 7 100 m) oraz wykonanie sieci światłowodowej i kanalizacji teletechnicznej w kompleksie 465 Skład Osowiec Jednostki Wojskowej 1106 Olsztyn, o wartości ponad 4 222 403 zł netto, realizowaną w okresie od dnia 30 listopada 2007 r. do dnia 3 września 2011 r. Odwołujący wskazał także w wykazie, że w ramach przedmiotowej roboty budowlanej Odwołujący wykonywał w okresie 3 lat konserwację wykonanego systemu. W odniesieniu do tej roboty Odwołujący nie załączył do oferty referencji, gdyż robota została zrealizowana na rzecz samego Zamawiającego.

Zamawiający wzywając Odwołującego dnia 13 sierpnia 2015 r. do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych uznał, że robota budowlana wskazana przez Odwołującego w pozycji 1 wykazu robót budowlanych nie spełnia jego wymagań. Zdaniem Zamawiającego, do okresu realizacji przedmiotowej roboty nie może zostać zaliczony okres konserwacji wykonanych systemów, a tym samym robota została wykonana później niż przed upływem 5 lat od dnia składania ofert. W oparciu o to stanowisko, pomimo wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający wykluczył go z postępowania. Zdaniem Odwołującego

stanowisko Zamawiającego jest błędne.

Odwołujący podniósł, że konserwacja sytemu, którą doliczył do okresu realizacji przedmiotowej roboty budowlanej, realizowana była w ramach jednego zadania. Konserwacja dotyczyła i była uzupełnieniem wcześniej wykonanych (w ramach tego samego zadania) robót budowlanych. Konserwacja w ramach robót budowlanych realizowana była jako roboty zamienne, czego potwierdzeniem jest protokół konieczności na roboty zamienne, a w załączonym kosztorysie wykazano pozycję *Konserwacja systemu ochrony* o wartości 24 518,16 zł. Kwestionowany przez Zamawiającego zakres robót był więc realizowany w ramach zadania polegającego na przebudowie ogrodzenia terenu wraz

i wykonaniem z zaprojektowaniem zintegrowanego systemu ochrony obwodowej z zastosowaniem sensorów doziemnych i barier mikrofalowych na całej długości ogrodzenia zewnętrznego (długości ok. 7 100 m) oraz wykonanie sieci światłowodowej i kanalizacji teletechnicznej w kompleksie 465 Skład Osowiec Jednostki Wojskowej 1106 Olsztyn.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym wykonanie przeglądów serwisowych nie powoduje wydłużenia trwania inwestycji, tylko jest elementem umowy wynikającym z gwarancji, podobnie trzyletni okres konserwacji wynika z gwarancji i trzyletniego okresu rękojmi za wady fizyczne, a okres gwarancji nie jest wliczany do okresu wykonywania roboty budowlanej. Odwołujący podkreślił, że zaliczył do okresu realizacji roboty budowlanej wykonywane czynności konserwacyjnych, a nie okres samej gwarancji. Czynności gwarancyjne dotyczą usuwania usterek spowodowanych niewłaściwym wykonaniem robót budowlanych, czy też niewłaściwym montażem. Czynności konserwacyjne zaś mają na celu usuwanie negatywnych skutków użytkowania systemów

9

zamontowanych w sposób prawidłowy, negatywnych zdarzeń losowych na obiekcie i normalnego zużycia materiałów eksploatacyjnych. Do tego typu czynności konserwacyjnych zaliczyć można np. ogląd i oczyszczanie urządzeń, uzupełnianie płynów technologicznych, itp. Pojęcie konserwacji oraz zakres wymaganych czynności konserwacyjnych systemów alarmowych jednoznacznie definiuje Norma Obronna NO-04-A004-8. Jej zastosowanie określono ust. 1.1. *Zakres normy*, który brzmi: *W niniejszej części normy określono częstotliwość prowadzenia konserwacji systemów i urządzeń alarmowych, określono zakres czynności wykonywanych podczas konserwacji*. W związku z powyższym czynności konserwacyjne nie są tożsame z czynnościami wykonywanymi w ramach gwarancji. Z treści ust. 5 gwarancji przyjętej przez Zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotowej roboty budowlanej wynika, że warunkiem utrzymania gwarancji jest wykonywanie przez właściciela systemu czynności serwisowych w postaci przeglądów technicznych systemów w zakresie określonym normą. Zatem już z samej gwarancji wynika, że serwis i konserwacja nie są tożsame z gwarancją, co więcej – są nieodłącznym elementem umowy oraz muszą zostać wykonane, aby Zamawiającemu przysługiwały roszczenia z gwarancji. Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że okres wykonywania czynności konserwacyjnych wlicza się do okresu wykonywania danej roboty budowlanej, tak jak np. usunięcie z terenu budowy zbędnych obiektów budowlanych, starych ogrodzeń, zakrzaczenia czy zadrzewienia.

Odwołujący podniósł, że zarówno przebudowa ogrodzenia terenu, jak i czynności konserwacyjne i serwisowe, realizowane były w ramach jednego zamówienia i nie zakończyły się, jak to wskazuje Zamawiający, w 2008 r. Zamawiający w piśmie z dnia 30 sierpnia 2012 r., będącym uzupełnieniem referencji udzielonych dnia 14 grudnia 2009 r. Odwołującemu, w związku z wykonywaniem robót budowlano-montażowych w zakresie systemu alarmowego, wskazał, że Odwołujący *przewodził serwisowanie i konserwację zainstalowanego systemu w okresie od 01.09.2009 r. do 03.09.2011 r.* Zamawiający wskazał w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, że robota budowlana wskazana w pozycji 1 wykazu robót budowlanych, zakończyła się w 2008 r., na dowód czego Zamawiający posiada między innymi protokół odbioru końcowego robót. Zdaniem Odwołującego, protokół odbioru z dnia 3 września 2008 r. został sporządzony w celu przekazania sytemu do użytkowania w stanie, w jakim był na dzień przekazania. Określenie „końcowy” dotyczy zdolności wybudowanych systemów do rozpoczęcia użytkowania, ale nie jest protokołem kończącym umowę. Dowodem tego jest Protokół Odbioru Wykonanych Elementów Robót Zamiennych Obiektu z 3 września 2008 r. przy udziale inspektora nadzoru ze strony RZL, gdzie wykazano niezakończenie rzeczowego umownego zakresu prac w odniesieniu do pozycji *Konserwacja systemu ochrony*. Umowa była realizowana nadal aż

przewidzianych umową, na co została wystawiona przez Zamawiającego referencja. Konserwacja systemu była jednym z etapów realizacji umowy, a zadanie jako całość zostało zrealizowane wraz z zakończeniem realizacji ostatniego z jego elementów. W § 11 ust. 1 umowy nr 704/145/WB/17 z dnia 19 listopada 2007 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym wskazano, że *strony postanawiają, że odbiorem końcowym będzie objęty przedmiot umowy w pełnym zakresie rzeczowym*. Zdaniem Odwołującego, niezależnie od tego, jak formułowane lub nazywane były protokoły odbiorów częściowych lub jakim celom służyły, odbiór końcowy czynności konserwacyjnych, stanowiących część umowy – realizowanych robót budowlanych, jest protokołem końcowym całego przedmiotu umowy. Z powyższego wynika, że czas wykonywania inwestycji stanowił nie tylko okres wykonywania robót w ramach zadania, ale również następujący po nim okres wykonywania czynności serwisowych i konserwacyjnych. Tym samym Zamawiający powinien przyjąć, że okres realizacji zadania zakończył się dnia 3 września 2011 r., a całe zadanie zostało zrealizowane w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący podniósł, że w sytuacji, kiedy Zamawiający żąda wykazania się realizacją robót w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert w postępowaniu, za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu należy uznać roboty, których realizacja została zakończona w jakimkolwiek terminie mieszczącym się we wskazanym okresie 5 lat. Powyższe potwierdzono wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Sygn. akt KIO 2071/15

W dniu 24 września 2015 r. Konsorcjum: Firma ATLINE Sp. j. S. P., TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a z ostrożności procesowej również art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający w odniesieniu do gwarancji wadialnej przedłożonej przez Konsorcjum stwierdził, że w treści gwarancji wadialnej z dnia 20 lipca 2015 r. wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. Warszawa jako wykonawca widnieje wyłącznie firma ATLINE Sp. j. S. P., a w żadnym miejscu gwarancji nie

zamieszczono informacji, że jest ona wystawiona na rzecz Konsorcjum. Zamawiający podkreślił, że dokument gwarancji ubezpieczeniowej jest wystawiony wyłącznie na zlecenie Lidera Konsorcjum oraz nie odnosi się w żaden sposób do okoliczności związanych z partnerami Konsorcjum, co – jego zdaniem – nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na wymagania dotyczące gwarancji wadialnej określone w punkcie VIII.2.2 lit. a i f SIWZ i podniósł, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, ponieważ niewymienienie w dokumencie gwarancji jako wykonawcy wszystkich konsorcjantów nie powoduje wadliwości tego dokumentu, a więc nie może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący wskazał, że gwarancją ubezpieczeniową jest jednostronne zobowiązanie ubezpieczyciela-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, gwarant ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Zobowiązaniem do wypłaty sumy pieniężnej będzie towarzystwo ubezpieczeń, jako gwarant na rzecz beneficjenta gwarancji (czyli zamawiającego). Powyższe prowadzi do wniosku, że pomiędzy zamawiającym a zlecającym wystawienie gwarancji nie powstaje

żaden stosunek wynikający ze złożenia temu pierwszemu gwarancji wadialnej, w szczególności zobowiązaniem z gwarancji wadialnej nie będzie podmiot zlecający wystawienie tej gwarancji. W gestii podmiotu zlecającego wystawienie gwarancji wadialnej pozostaje ewentualne ziszczenie się okoliczności faktycznych jakie zostały uregulowane w ustawie, a których zaistnienie prowadzi po stronie zamawiającego do żądania domagania się od gwaranta zapłacenia kwoty stanowiącej sumę gwarancyjną. Tym samym nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a również w takim przypadku zamawiający uzyskuje ochronę swoich interesów.

Odwołujący powołał się na przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, wspólnie ubiegających się o zamówienie. Z uwagi na powyższe, obowiązki jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będą dotyczyły wszystkich wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, kieruje wezwaniem do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a kwestią jedynie techniczną jest przesłanie owego wezwania do pełnomocnika tych podmiotów. Z kolei w przypadku, gdy jeden z wykonawców

12

nie złoży żądanego dokumentu, skutek w postaci wykluczenia z postępowania będzie dotyczył wszystkich wykonawców występujących wspólnie. Taki sam mechanizm zadziała w przypadku uchylenia się jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie od zawarcia umowy – zamawiający zawiera bowiem umowę z wykonawcą, którego wybrał w wyniku przeprowadzenia postępowania, a w przypadku, gdy tym wykonawcą są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – to faktyczne zawarcie umowy nastąpi jedynie wtedy, gdy umowa zostanie podpisana przez tych wszystkich wykonawców (oczywiście może to nastąpić przez pełnomocnika, który posiada umocowanie do podpisania umowy od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie). Skutek uchylenia się jednego z nich od zawarcia umowy jest zawsze taki sam, tj. niezawarcie umowy. Przytoczony powyżej schemat postępowania Zamawiającego w wyniku czynności lub zaniechania czynności jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie skutkujący uprawnieniem zatrzymania wadium będzie miał zastosowanie do każdej z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że gwarant (Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A.) zobowiązany jest do wypłaty sumy gwarancyjnej w przypadku, gdy Zamawiający złoży mu stosowne oświadczenie o zaistnieniu przesłanek skutkujących wypłatą sumy gwarancyjnej.

Odwołujący podkreślił, że dokument gwarancji przedłożony przez Konsorcjum wraz z ofertą został wystawiony na zlecenie Lidera Konsorcjum w dniu 20 lipca 2015 r. Z kolei umowa Konsorcjum pomiędzy trzema podmiotami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu została zawarta w dniu 10 lipca 2015 r., a pełnomocnictwo w trybie art. 23 ustawy Pzp zostało udzielone w dniu 21 lipca 2015 r. W treści ww. umowy Konsorcjum została zastrzeżona w sposób wyraźny solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wynikającym z art. 141 ustawy Pzp oraz również w zakresie wspólnego przygotowania oferty oraz wniesienia wadium w przedmiotowym postępowaniu. Z kolei ww. pełnomocnictwo zgodnie z lit. b obejmowało w szczególności umocowanie do *wniesienia całego wymaganego przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie wadium*. Zdaniem Odwołującego, wobec faktu zawarcia pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia umowy konsorcjum na 11 dni przed terminem składania ofert, pomiędzy tymi podmiotami zastrzeżono solidarność w umowie kreującej stosunek obligacyjny, co świadczy o tym, że pomiędzy tymi podmiotami już w dniu otrzymania od Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S. A. gwarancji wadialnej istniała solidarna odpowiedzialność członków Konsorcjum za wspólne złożenie oferty, w tym za jej przygotowanie, a zatem za jej zabezpieczenie wadium. Powyższe dowodzi, że treść gwarancji ubezpieczeniowej prawidłowo zabezpiecza interes Zamawiającego.

13

Odwołujący wskazał również, że Zamawiającemu został przekazany wraz z oświadczeniem o przedłużeniu okresu związania ofertą Aneks nr 1 do Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr 9082011000443-ŁO/GP/53/15/2015 z dnia 20 lipca 2015 r., w którym wprowadzono zmiany pierwotnej treści gwarancji wadialnej poprzez dokonanie zmiany w pozycji „Wykonawca”, gdzie zamiast Firmy ATLINE Spółka Jawna S. P. zamieszczono nazwy wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum (tj. Firmę ATLINE Spółka Jawna S. P., TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o. i Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.). Powyższe świadczy o podjęciu przez Konsorcjum kroków zmierzających do wyjaśnienia Zamawiającemu zaistniałej sytuacji.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.2. SIWZ wymienił w poz. 1 wykazu roboty budowlane wykonane przez podmiot trzeci, na którego zasoby się powołał (Technosys Ploiesti z Rumunii), przedstawiając pisemne zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zamawiający stwierdził, że w treści zobowiązania wskazano, że *udzielenie wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez doradztwo i konsultacje w zakresie i na poziomie wymaganym przez Zamawiającego i niezbędnym do prawidłowej realizacji zadania*, co zdaniem Zamawiającego nie zapewnia realnego wykonania przedmiotowego zamówienia, tak jak mogłoby to zapewnić faktyczne uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, ponieważ to podmiot trzeci posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy takiego ogrodzenia. Zdaniem Zamawiającego, niemożliwe jest przeniesienie wiedzy i doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, a tylko na zasadzie doradztwa i konsultacji.

Odwołujący podniósł, że w dalszej części uzasadnienia wykluczenia Konsorcjum Zamawiający wskazał, że Wykonawca SKANSKA S.A. pismem z 26 sierpnia 2015 r. przedłożył jako dowód pismo Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie nr 4834/15 z 25 sierpnia 2015 r. stwierdzające, że w inwestycji wskazanej w wykazie robót w poz. 2 było *budowane i przebudowywane ogrodzenie o łącznej długości ponad 5 000 m wraz z wykonaniem zewnętrznego systemu alarmowego oraz że firma TYTAN nie wykonywała robót związanych z budową lub przebudową obwodnicy oświetleniowej oraz realizowała zadanie samodzielnie, bez udziału wykonawcy ATLINE*. Zamawiający skierował do RZİ w Lublinie pismo z 3 września 2015 r. o potwierdzenie danych zawartych w piśmie nr 4834/15 wysłanym do SKANSKA S. A. i stwierdził, że nie może uznać prawdziwości listu

14

---

referencyjnego z 4 grudnia 2014 r. wystawionego przez TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o. na rzecz ATLINE Sp. J. S. P., który był dowodem potwierdzającym należyte wykonanie roboty wymienionej w wykazie robót w poz. 2. Z uwagi na powyższe, Zamawiający uznał, że Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem Odwołującego, przedłożony wykaz robót potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia w zakresie, w jakim wymagał tego Zamawiający w SIWZ.

Po pierwsze Odwołujący zakwestionował stanowisko, że podmiot trzeci powinien brać udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca, korzystając z wymienionych powyżej zasobów podmiotów trzecich zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie nimi dysponował w stopniu niezbędnym do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu ich do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W praktyce przyjmuje się, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia może nastąpić w drodze: udzielania konsultacji lub przeprowadzenia szkoleń przez pracowników podmiotu trzeciego, oddelegowania osób posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie, czynnego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, przekazania dokumentacji (np. technicznej, organizacyjnej).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający myli się twierdząc, że doradztwo i konsultacje

nie zapewniają realnego wykonania przedmiotowego zamówienia, tak jak mogłoby to zapewnić faktyczne uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, ponieważ przy takiej formie istnieć praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Powyższe zostało potwierdzone w Opinii Rzecznika Generalnego przedstawionej w dniu 8 września 2015 r. w sprawie C 324/14 PARTNER A. D. przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą), w której stwierdzono, że charakter powiązań prawnych między wykonawcą a podmiotem trzecim lub podmiotami trzecimi, na których zamierza on polegać, jest bez znaczenia, niemniej wykonawca musi być zdolny dowieść instytucji zamawiającej, iż rzeczywiście dysponuje wszelkimi środkami niezbędnymi do realizacji postanowień zamówienia. Zdaniem Odwołującego z opinii tej wynika, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie musi być utożsamiany z podwykonawstwem.

W ocenie Odwołującego, przedstawiając zobowiązanie podmiotu trzeciego udowodnił on, że dysponowanie tym udostępnianym zasobem jest realne, a także udowodnił faktyczną

15

---

możliwość posiłkowania się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu. Jeżeli zatem Zamawiający powziął wątpliwości co do realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, powinien wezwać Konsorcjum do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp albo do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał, że udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci musi mieć charakter realny, przy czym rolą instytucji zamawiającej jest w każdym przypadku badanie owej realności. Wyrazem zadośćuczynienia przez prawodawcę postulatowi dotyczącemu oceny realności udostępnienia potencjału przez podmioty trzecie jest uregulowanie § 1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r., poz. 231), określające dokumenty, jakich zamawiający może żądać w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał badania w odniesieniu do Odwołującego realności udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, arbitralnie uznając, że podmiot ten powinien brać udział w postępowaniu jako podwykonawca, czym naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Powołując się na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że dokumenty, w stosunku do których Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do ich uzupełnienia i wyjaśnienia, stanowią dokumenty potwierdzające spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Nawet gdyby Zamawiający uznał, że wykaz robót przedstawiony przez Odwołującego nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jego obowiązkiem było wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niespełnienie tego obowiązku przez Zamawiającego jest naruszeniem przepisów ustawy. Zamawiający nie dysponując pełnymi informacjami, nie mógł dokonać prawidłowej oceny kwestii spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wykluczył Konsorcjum Polaqua Sp. z o.o., AJM Sp. z o.o na tej samej podstawie co Odwołującego, tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powód wykluczenia jest analogiczny do przyczyny wykluczenia z postępowania Odwołującego, jednak pomimo istnienia, w ocenie Zamawiającego, podstawy wykluczenia, wezwał on Konsorcjum Polaqua pismem z dnia sierpnia 2015 r. do wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zaniechał zastosowania takiego wezwania w przypadku Odwołującego, co świadczy o niewątpliwym i rażącym naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający zobligowany

16

---

jest prowadzić postępowanie z należytą starannością, przestrzegając zasady wyrażone m.in. w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w omawianym przypadku niewątpliwie naruszył je.

Dodatkowo Odwołujący zakwestionował twierdzenia Zamawiającego, jakoby robota budowlana wskazana w wykazie robót pod poz. 2 nie potwierdzała spełnienia warunku

udziału postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz że list referencyjny z dnia 4 grudnia 2014 r. wystawiony przez TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o. o. na rzecz ATLINE Sp. J. S. P. nie jest prawdziwy. Odwołujący stwierdził, że w ramach tego zadania spółka ATLINE wykonała m.in. przebudowę ogrodzenia z siatki, instalacje elektryczne obwodnicy oświetleniowej oraz instalacje zasilania rezerwowego dla systemów alarmowych, obwodnicy oświetleniowej i budynków, co świadczy o tym, że zakres tych czynności potwierdza spełnienie warunku sformułowanego przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i czynności uznania jego oferty za odrzuconą, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący jako wykonawcy, których oferty – w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mogą zostać wybrane jako najkorzystniejsze spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania – ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2067/15

Izba ustaliła, że w punkcie VIII.1 SIWZ Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 450.00,00 zł. Zgodnie z punktem VIII.3.4 SIWZ, w przypadku wspólnego

17

---

ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia wadium może być wniesione przez pełnomocnika wykonawców.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej nr 829/2015/FIN z 21 lipca 2015 r., udzielonej przez bank Societe Generale S.A. Oddział w Polsce. Zgodnie z treścią gwarancji, została ona udzielona na zlecenie Polaqua Sp. z o.o., a realizacja zobowiązania gwaranta nastąpi *wtedy i tylko wtedy, gdy wykonawca odmówi podpisania umowy, nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie lub gdy nie uzupełni dokumentów lub oświadczeń lub nie wyrazi zgody na poprawienie omyłki, co spowoduje brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej*. W treści gwarancji nie wskazano, że dotyczy ona wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Do oferty Odwołujący załączył pełnomocnictwo z 16 lipca 2015 r. dla spółki Polaqua do działania w imieniu Konsorcjum, w tym do wniesienia wadium.

W dniu 14 września 2015 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Zamawiający podał, że w treści gwarancji wadialnej widnieje wyłącznie Polaqua Sp. z o.o., w gwarancji nie zamieszczono informacji, że jest ona wystawiona na rzecz Konsorcjum: Polaqua Sp. z o.o., AJM Sp. z o.o. Dokument gwarancji bankowej wystawiony jest wyłącznie na zlecenie lidera Konsorcjum oraz nie odnosi się w żaden sposób do partnera Konsorcjum, co w oczywisty sposób nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium okazał się niezasadny. Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań lidera konsorcjum, z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną.

Po pierwsze wskazać należy, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Art. 45 ust. 6 ustawy Pzp określa dopuszczalne

formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalna jak wadium wniesione w gotówce. Aby tak się stało nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało więc odpowiedzi na pytanie, czy gwarancja wadialna

18

wystawiona na lidera odwołującego się Konsorcjum zapewnia Zamawiającemu skuteczną realizację roszczeń (tj. czy gwarant będzie zobowiązany do odpowiedzialności za działania i zaniechania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

Oceniając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę wyrażany w orzecznictwie pogląd o prawidłowości gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z członków konsorcjum i dokonała analizy argumentacji przedstawianej na poparcie tego stanowiska. Pogląd ten zasadniczo oparty był na następujących tezach: istnieniu solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, wynikającym z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp obowiązku stosowania przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz na bezwarunkowym charakterze gwarancji wadialnej (takie też argumenty zostały przywołane przez Odwołującego). Po dokonaniu analizy tych argumentów Izba doszła do przekonania, że nie mogą one być uznane za przesądzające o prawidłowości gwarancji wystawionej na jednego członka konsorcjum.

W odniesieniu do pierwszej z powyższych tez należy wskazać, że kwestia solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum wobec zamawiającego (która jednak zdaniem Izby nie występuje na etapie postępowania przetargowego, o czym w dalszej części uzasadnienia) nie jest w ocenie Izby rozstrzygająca dla ustalenia zakresu odpowiedzialności gwaranta. Zasadnicze znaczenie ma bowiem fakt, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Co istotne, art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego (tj. między zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, ta bowiem jest wyznaczona samą treścią gwarancji. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej

19

wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I KKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji. Wobec powyższego powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. Okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczy odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania obu tych podmiotów. Zatem nawet gdyby członkowie konsorcjum byli zobowiązani solidarnie wobec Zamawiającego, to byłaby

to cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy) niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści listu gwarancyjnego np. przez wskazanie, że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko oznaczonego wykonawcę, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecyduje się on złożyć ofertę.

Niezależnie od powyższego nie sposób podzielić stanowiska o istnieniu solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z całą pewnością nie wynika ona z żadnego z przepisów ustawy Pzp. Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 ustawy Pzp i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A contrario, solidarna

na nie obejmuje czynności odpowiedzialność wykonawców podstawie ustawy podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium. Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Zawiązanie konsorcjum dla potrzeb ubiegania się o konkretne zamówienie nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej (w przeciwieństwie do spółki cywilnej, w przypadku której następuje wniesienie wkładów i powstanie majątku wspólnego).

20

---

Prawidłowości gwarancji wystawionej na jednego członka konsorcjum nie sposób również wywieść z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oznacza to tylko tyle, że ilekroć przepisy ustawy dotyczą pojedynczego wykonawcy, należy je odpowiednio odnieść do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przepis ten dotyczy relacji między zamawiającym a wykonawcami, o czym świadczy chociażby jego umiejscowienie w dziale II ustawy Pzp rozdział 1 „Zamawiający i wykonawcy”) i nie może stanowić podstawy do wywodzenia jakichkolwiek skutków dla stosunku z gwarancji, który – jak wcześniej wykazano – jest niezależny od stosunku podstawowego. Nie do zaakceptowania jest stanowisko Odwoływającego, że ze względu na treść art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, Zamawiający będzie uprawniony do złożenia gwarantowi oświadczenia, że okoliczności te zaistniały po stronie lidera, który zawarł umowę gwarancji. Ze względu na fakt, że to nie lider konsorcjum ubiega się o udzielenie zamówienia, ale lider wspólnie z innym wykonawcą, tak sformułowane przez zamawiającego żądanie zapłaty byłoby sprzeczne ze stanem rzeczywistym.

Prawidłowość gwarancji nieobejmującej wszystkich członków konsorcjum nie może być również wywodzona z faktu, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94) wypowiadając się o odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, odpowiedzialność ta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. W wyroku tym Sąd stwierdził, że *bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353 § 1 k.c.) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.)*. Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji.

Z uwagi na powyższe Izba nie mogła podzielić stanowiska, że gwarancja wadialna wystawiona na jednego członka konsorcjum zabezpiecza interesy Zamawiającego i jest

prawidłowa. Tym samym Izba podzieliła to stanowisko orzecznictwa, które wskazuje na konieczność objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład

21

konsorcjum (wyroki zespołów arbitrów: z 25 września 2002 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1221/02, z 24 stycznia 2006 sygn. akt UZP/ZO/0-149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 20 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1408/10, z dnia 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14, z 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694/14, z 5 maja 2015r. sygn. akt KIO 813/15, z 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, z 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15, z 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1936/15, wyroki sądów powszechnych: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15). Pogląd taki wyrażany jest również w piśmiennictwie (m.in. *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, Eugeniusz Kowalewski, Władysław Wojciech Mogiński, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1/2014).

Nie można podzielić prezentowanego przez Odwołującego stanowiska, że skoro jeden z konsorcjantów działał jako pełnomocnik całego konsorcjum, to wystarczająca była gwarancja, w której tylko ten pełnomocnik został wskazany. Z faktu udzielenia pełnomocnictwa wynika tylko tyle, że umocowany podmiot (lider konsorcjum) może samodzielnie zawrzeć umowę gwarancji, z tym jednak zastrzeżeniem, że działa on w imieniu i na rzecz konsorcjum, co powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści gwarancji. Treść pełnomocnictwa określa bowiem kompetencje lidera do reprezentowania konsorcjum, co nie czyni z niego wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie. Zatem gwarancja udzielona na zlecenie umocowanego lidera konsorcjum stanowiłaby prawidłowo wniesione wadium, pod warunkiem, że zakresem gwarancji zostałyby objęte okoliczności związane ze złożeniem oferty wspólnej. Tylko w ten sposób można rozumieć postanowienie SIWZ, w którym Zamawiający zezwolił pełnomocnikowi na wniesienie wadium. Postanowienie to nie zezwalało na ograniczenie zakresu podmiotowego gwarancji tylko do lidera konsorcjum, ale uprawniało do wniesienia wadium przez jednego wykonawcę w imieniu i na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie ma więc żadnej sprzeczności między tym postanowieniem SIWZ, a dokonaną przez Zamawiającego oceną prawidłowości wniesienia wadium. Dodatkowo wskazać należy, że aby czynność prawna wywołała skutki po stronie mocodawcy pełnomocnik winien ujawnić drugiej stronie czynności prawnej (w tym przypadku gwarantowi) fakt działania w cudzym imieniu (zasada jawności przedstawicielstwa). Nieujawnienie tego faktu powoduje, że skutki czynności powstaną wyłącznie po stronie podmiotu, który czynności dokonuje. Fakt działania jako spółki Polaqua w charakterze pełnomocnika nie został odzwierciedlony w treści listu gwarancyjnego. Chybiona jest również argumentacja Odwołującego, że tak jak lider konsorcjum samodzielnie podpisuje i składa ofertę, tak samo samodzielnie wnosi wadium i obie te czynności wywołują skutki dla całego konsorcjum. Zauważyć bowiem należy, że oferta złożona przez lidera

22

konsorcjum tylko wtedy potraktowana zostanie jako oferta konsorcjum, jeżeli w jej treści zostaną wyraźnie wskazani wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Analogicznie lider konsorcjum może zawrzeć umowę gwarancji, jednak bez wskazania, że dotyczy ona oferty wspólnej, będzie to gwarancja obejmująca udział w postępowaniu tylko jednego wykonawcy.

Co do argumentu, że orzecznictwo dopuszcza wnoszenie wadium częściami i ten fakt ma przemawiać za dopuszczalnością wnoszenia gwarancji wadium z oznaczeniem tylko jednego wykonawcy składającego wspólną ofertę, to w ocenie Izby argument ten jest błędny. Oczywiście, że każdy z wykonawców może pozyskać dokument gwarancyjny na część kwoty, która jest wymagana przez zamawiającego, jednak również w tym przypadku gwarancja powinna wskazywać, że gwarant wie o wspólnym ubieganiu się takiego wykonawcy o zamówienie i gwarantuje wypłatę wadium w przypadku zatrzymania wadium na skutek zaniechań podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy

gwarancyjnej. Bezpodstawne jest bowiem założenie, że gwarant obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczące wykonawcy, o którym nie miał wiedzy zawierając umowę. Co więcej, sam gwarant wyraźnie ograniczył w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających, posługując się sformułowaniem *wtedy i tylko wtedy*. W ocenie Izby wskazuje to na wolę gwaranta do ścisłej literalnej wykładni treści gwarancji. Dla oceny roszczenia Zamawiającego przez gwaranta nie jest wystarczające określenie wartości żądania, ale Zamawiający musi podać także jakie zdarzenie doprowadziło do powstania żądania, czyli jaka czynność została zaniechana i przez kogo. Gwarant może zatem analizować, czy zgłaszane żądanie dotyczy tak zaniechań opisanych w gwarancji, jak i podmiotu, który tego zaniechania miał się dopuścić, a za którego gwarant zobowiązał się świadczyć. W przypadku, gdy zdarzenia opisane w zgłoszeniu i objęte gwarancją nie są tożsame, gwarant ma prawo uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium, w związku z czym czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była zasadna.

Sygn. akt KIO 2069/15

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem V.2 SIWZ oraz punktem III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie

23

---

ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej 2 roboty budowlane o podobnym zakresie rzeczowym do robót będących przedmiotem zamówienia, tj.:

- co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie ogrodzenia terenu – o długości minimum 5000 mb wraz z wykonaniem zewnętrznego systemu alarmowego i obwodnicy oświetleniowej oraz

- co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie obiektu budowlanego – wraz z wykonaniem instalacji teletechnicznych, w tym systemów alarmowych, a wartość tej roboty nie może być mniejsza niż 5.000.000 zł netto.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22 lipca 2015 r. godz. 11.30 (pkt XI.1 SIWZ).

Odwołujący załączył do ofert wykaz robót (str. 11 oferty), w którym na potwierdzenie wykonania robót polegających na budowie lub przebudowie ogrodzenia terenu wskazał zadanie dotyczące przebudowy ogrodzenia terenu wraz z zaprojektowaniem i wykonaniem zintegrowanego systemu ochrony obwodowej z zastosowaniem sensorów doziemnych i barier mikrofalowych na całej długości ogrodzenia zewnętrznego (długość ok. 7.100 m) oraz wykonanie sieci światłowodowej i kanalizacji teletechnicznej w kompleksie 465 Skład Osowiec Jednostki 1106 Olsztyn (poz. 1 wykazu). Odwołujący oświadczył w wykazie, że roboty obejmowały także trzyletni okres konserwacji wykonanych systemów i zostały wykonane w okresie do 30 listopada 2007 r. do 3 września 2011 r. Powyższe roboty zostały wykonane na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie (Zamawiającego).

W dniu 13 sierpnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wykazu robót. Zamawiający wskazał, że roboty wskazane w poz. 1 wykazu były wykonywane w okresie 30.11.2007-03.09.2008 (protokół odbioru końcowego), a okres konserwacji wykonanych systemów nie może być wliczony w termin wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie (pismo z 17 sierpnia 2015 r.) Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie uzgodnień dotyczących wykonania robót zamiennych, jako element świadczeń wynikających z umowy, została przewidziana konserwacja systemu ochrony obwodowej przez okres trzech lat. Konserwacja została objęta umową na całość zadania i była realizowana do 2011 r. *Protokół odbioru końcowego budowy, przekazania do użytkowania* z 3 września 2008 r. został sporządzony w celu przekazania systemu do użytkowania w stanie, w jakim był na dzień przekazania. Odwołujący wyjaśnił, że ocenie podlega zrealizowanie zadania jako całości, a to nastąpiło w momencie ostatecznego zrealizowania świadczenia w postaci konserwacji. Wskazał, że brak jest podstaw do wybiórczego

24

uwzględniania przez Zamawiającego poszczególnych etapów robót i braku uwzględniania innych, bowiem ocena zrealizowania umowy powinna być dokonywana w sposób kompleksowy na moment zakończenia realizacji ostatniego elementu zadania. Do wyjaśnień Odwołujący załączył uzupełniony wykaz wykonanych robót budowlanych (w którym jako robota dotycząca przebudowy ogrodzenia terenu została wskazana robota ujęta w pierwotnym wykazie), protokół konieczności nr 3/08 na roboty zamienne oraz kopię kosztorysu na roboty zamienne z 28 lipca 2008 r. zatwierdzonego przez Szefa RZL.

W dniu 14 września 2015 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawcy *załączył nowy wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym nie wykazał żadnej roboty, w tym nie przedstawił jednoznacznych dowodów, na potwierdzenie wykonania co najmniej jednej roboty polegającej na budowie lub przebudowie ogrodzenia terenu o długości minimum 5.000 mb wraz z wykonaniem zewnętrznego systemu alarmowego i obwodnicy oświetleniowej. Wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jak wymagał tego Zamawiający w SIWZ.*

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału

Opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. sposobu dokonania w postępowaniu, stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, że wymaga wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych – co wynika wprost z literalnego brzmienia postanowień punktu V.2 SIWZ oraz punktu III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu. Nie ulega wątpliwości, że roboty budowlane zostały zakończone we wrześniu 2008 r., co potwierdza protokół odbioru z 3 września 2008 r. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że nie ma żadnych podstaw, aby do okresu wykonywania robót budowlanych doliczać okres świadczenia usług konserwacyjnych, są to bowiem świadczenia niebędące robotami budowlanymi i nieobjęte warunkiem opisanym w SIWZ. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, że roboty budowlane i usługi konserwacji były świadczone na podstawie jednej umowy, gdyż treść warunku odwoływała się do okresu wykonywania robót budowlanych, nie zaś do okresu realizacji całej umowy będącej podstawą wykonywania tych

25

---

robót. Powyższe jest spójne z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, gdzie mowa jest właśnie o wykazie robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert, nie zaś o wykazie zakończonych w tym okresie umów, w skład których wchodziły roboty budowlane. Podkreślić należy, że roboty budowlane i usługi konserwacji systemu są odrębnymi i odmiennymi rodzajowo świadczeniami, a z punktu widzenia Zamawiającego istotne było posiadanie doświadczenia w realizacji robót budowlanych, czemu Zamawiający dał wyraz w treści ogłoszenia i SIWZ.

Odnosząc się do drugiej z podstaw faktycznych wykluczenia Odwołującego z postępowania (wykonanie obwodnicy oświetleniowej o długości poniżej 5.000 mb) wskazać należy, że nie została ona podana w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy, a Zamawiający sformułował ją dopiero w odpowiedzi na odwołanie. W związku z tym, że powyższa ocena nie została wykonawcy zakomunikowana, nie mogła być objęta zarzutami odwołania i tym samym podlegać merytorycznej ocenie Izby.

Sygn. akt KIO 2071/15

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 908201100443-ŁO/GP/53/15/2015 z 20 lipca 2015 r., wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta S.A. W treści gwarancji wskazano, że wykonawcą jest Firma ATLINE Sp. j. S. P., a gwarant zobowiązuje

się nieodwołanie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w liście gwarancyjnym, do zapłacenia kwoty wadium, gdy wykonawca odmówi podpisania umowy, nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub wykonawca nie złoży dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, co spowoduje brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Do oferty Odwołujący załączył pełnomocnictwo z 21 lipca 2015 r. dla Firmy ATLINE Sp.j. S. P., do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu. Pełnomocnictwo obejmowało umocowanie m.in. do wniesienia wadium. Umowa konsorcjum nie została załączona do oferty.

W dniu 18 września 2015 r., przedłużając okres ważności wadium, Odwołujący złożył aneks nr 1 z dnia 17 września 2015 r. do ww. gwarancji, w którym wprowadzono zmiany do

26

---

gwarancji, jako wykonawcę wskazując wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W dniu 14 września 2015 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Zamawiający podał, że w treści gwarancji wadialnej jako wykonawca Firma ATLINE Sp. j. S. P., w gwarancji nie zamieszczono informacji, że jest ona wystawiona na rzecz Konsorcjum: Firma ATLINE Sp. j. S. P., TYTAN Systemy Bezpieczeństwa Sp. z o.o., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. Dokument gwarancji ubezpieczeniowej wystawiony jest wyłącznie na zlecenie lidera Konsorcjum oraz nie odnosi się w żaden sposób do partnera Konsorcjum, co w oczywisty sposób nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu Izba podtrzymuje w całości stanowisko przedstawione w części uzasadnienia dotyczącej sprawy o sygn. akt KIO 2067/15. Argumenty będące podstawą tego stanowiska pozostają bowiem aktualne także w odniesieniu do wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która jako nieodwołana i bezwarunkowa jest również zobowiązaniem abstrakcyjnym i nieakcesoryjnym (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r. V CSK 233/09), ze wszystkimi tego skutkami przedstawionymi we wcześniejszej części uzasadnienia.

Odnosząc się do powołanych przez Odwołującego okoliczności, które – zdaniem Odwołującego – różnią wniesione przez niego wadium od sytuacji Konsorcjum Polaqua, Izba zważyła, co następuje:

Po pierwsze nie można podzielić stanowiska, że umowa konsorcjum (którą Odwołujący złożył na rozprawie) spowodowała – zgodnie z art. 369 Kc – powstanie odpowiedzialności solidarnej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Umowa konsorcjum wywołuje bowiem skutek tylko między jej stronami, nie zaś w stosunku do Zamawiającego, który o zawarciu i treści tej umowy nie wiedział (nie została ona załączona do oferty, a Odwołujący złożył ją dopiero podczas rozprawy). Nie można stwierdzić, że czynność prawna, której Zamawiający nie był stroną i o której dokonaniu nie miał wiedzy, jest źródłem odpowiedzialności solidarnej. Przede wszystkim jednak z treści listu gwarancyjnego wynika, że gwarant nie został poinformowany o zawiązaniu konsorcjum i zamiarze złożenia oferty wspólnej (a nawet jeśli został poinformowany, to nie objął tego zakresem swojego zobowiązania). Ponadto w treści gwarancji gwarant ściśle określił kto na potrzeby wystawianej gwarancji jest wykonawcą wskazując: *Wykonawca : Firma ATLINE Spółka jawna S. P.* . Tym samym brak jest dowodu na potwierdzenie też Odwołującego, że ma z gwarantem zawartą umowę o linię gwarancyjną, w ramach której gwarant zobowiązuje

27

---

się pokrywać roszczenia zamawiających do określonego limitu kwotowego, bez względu na to czy ATLINE Sp. j. S. P. składa ofertę samodzielnie, czy wspólnie z innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Po drugie, Odwołujący wywodził brak podstaw do wykluczenia go z postępowania z faktu, że w dniu 18 września 2015 r. złożył aneks do gwarancji, w którym zostali wskazani wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zgodzić należy się z Odwołującym, że ww. aneks był prawidłowy, został on jednak złożony dopiero przy

przedłużaniu ważności wadium. Ustawa Pzp nie daje podstaw do uzupełnienia wadium, w przypadku, gdy wadium wniesione w terminie składania ofert nie jest prawidłowe. Jak stanowi art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Zatem aneks mógłby być potraktowany jako potwierdzenie prawidłowo wniesionego wadium, gdyby został złożony z gwarancją wadium przed upływem terminu składania ofert. Przedmiotowy aneks nie może być natomiast uznany – jak tego chciał Odwołujący – za wykładnię treści wcześniejszej gwarancji, mającą dowodzić jej prawidłowości i wykazywać należyte zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Aneks stanowi bowiem zmianę wcześniejszej zawartej umowy gwarancji w zakresie podmiotowym, nie zaś określenie sposobu rozumienia umowy gwarancji zawartej w przeszłości. Treść gwarancji jest wyłącznym wyznacznikiem zakresu odpowiedzialności gwaranta i nie podlega rozszerzającej interpretacji, w związku z czym jej zakres podmiotowy nie może być reinterpretowany z mocą wsteczną na podstawie później zawartego aneksu. Należy więc stwierdzić, że oferta Odwołującego od upływu terminu składania ofert do 18 września 2015 r. nie była prawidłowo zabezpieczona wadium, a późniejsze naprawienie tej wadliwości nie zwalniało Zamawiającego z obowiązku wykluczenia Odwołującego z postępowania. Stanowisko przeciwne prowadziłoby do przyjęcia, że bez znaczenia jest prawidłowość zabezpieczenia oferty od chwili jej złożenia, o ile zostanie to w późniejszym terminie naprawione. Powyższe jest nie do pogodzenia zarówno z istotą i funkcją wadium, jak i z zasadą równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.2 SIWZ wskazał w poz. 1 wykazu robót (str. 24 oferty) roboty budowlane wykonane przez podmiot trzeci – Technosys, Ploiesti z Rumunii, przedstawiając pisemne zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. W treści

28

---

zobowiązania wskazano, że udostępnienie tych zasobów nastąpi poprzez doradztwo i konsultacje w zakresie i na poziomie wymaganym przez Zamawiającego i niezbędnym do prawidłowej realizacji zadania.

W dniu 14 września 2015 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że w jego ocenie doradztwo i konsultacje nie zapewniają realnego wykonania przedmiotowego zamówienia, tak jak mogłoby to zapewnić faktyczne uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, ponieważ to podmiot trzeci posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy takiego ogrodzenia. Zamawiający stwierdził, że wątpliwości budzi przekazanie wiedzy przez firmę z Rumunii, która faktycznie musiałaby wyszkolić kadrę Konsorcjum i realnie przekazać swoją wiedzę i doświadczenie na poziomie zapewniającym prawidłowe wykonanie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia poprzez np. różnego rodzaju konsultacje czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego w tym wypadku wydaje się nierealne, a wybór wykonawcy, któremu niezbędna wiedza i doświadczenie zostały przekazane wyłącznie na zasadzie konsultacji z podmiotem z Rumunii budzi poważne zagrożenie dla realizacji przedmiotowej inwestycji.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał również, że wykonawca Skanska S.A. pismem z 26 sierpnia 2015 r. przedłożyła jako dowód pismo Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie nr 4834/15 z 25 sierpnia 2015 r. stwierdzające, że w inwestycji wskazanej w wykazie robót pod poz. 2 było „budowane i przebudowywane ogrodzenie o łącznej długości ponad 5 000 m wraz z wykonaniem zewnętrznego systemu alarmowego” oraz że spółka TYTAN nie wykonywała robót związanych z budową lub przebudową obwodnicy oświetleniowej oraz realizowała zadanie samodzielnie, bez udziału wykonawcy ATLINE. Zamawiający skierował do RZI w Lublinie pismo z 3 września 2015 r. o potwierdzenie danych zawartych w piśmie nr 4834/15. uzyskując w odpowiedzi potwierdzenie tych danych. Z uwagi na powyższe, Zamawiający uznał, że Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia również w zakresie robót przedstawionych w poz. 2 wykazu.

Dokonując oceny wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba stanęła na stanowisku, że nieuzasadniona jest generalna teza prezentowana przez Zamawiającego, jakoby udostępnienie wiedzy i doświadczenia możliwe było zawsze wyłącznie poprzez uczestnictwo podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Podstaw do takiej tezy nie można wywieść – zdaniem Izby – z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Niemniej jednak należy uznać, że

29

udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozdzielnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Niewykluczone są więc, zdaniem Izby, sytuacje, w których realne przekazanie potencjału zostanie zagwarantowane właśnie poprzez podwykonawstwo. Izba nie podziela jednak stanowiska, że brak podwykonawstwa jednoznacznie przesądza o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

W przedmiotowym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należałoby uznać podwykonawstwo. Nie można jednak z góry – bez analizy konkretnej formy przekazania wiedzy i doświadczenia – przesądzić, że każdy inny sposób tego przekazania jest wykluczony. Możliwa jest – zdaniem Izby – sytuacja, że wykonawca ułoży swoją współpracę z podmiotem trzecim w sposób, który zapewni realne przekazanie wiedzy i doświadczenia bez podwykonawstwa w sensie ścisłym. Konieczne jest wówczas udowodnienie tego Zamawiającemu.

Jednakże, zakładając możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia w przypadku niniejszego zamówienia, bez uczestnictwa w wykonaniu przedmiotu umowy w charakterze podwykonawcy, nie można uznać, że Odwołujący skutecznie powołał się na zasoby innego podmiotu, a tym samym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. O niewykazaniu spełnienia tych warunków przesądziła – w ocenie Izby – nie tyle kwestia podwykonawstwa, co niewystarczającego wykazania, czy i jak to przekazanie nastąpi.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Zgodnie z powyższym przepisem, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może wykazać dysponowanie nimi w szczególności poprzez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą

30

zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta i sposób udostępnienia zasobów w praktyce winny zostać określone już w treści tego zobowiązania. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu byłoby fikcją, służącą jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, załączone do oferty Odwołującego oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa wystarczająco formy i sposobu udostępnienia zasobów. Zobowiązanie przedłożone wraz z wyjaśnieniami wskazuje na konsultacje i doradztwo, te ogólnikowe twierdzenia nie zostały jednak doprecyzowane, nie wskazano, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Odwołujący próbował doprecyzować to dopiero podczas rozprawy, co nie mogło być wzięte pod uwagę, Izba ocenia bowiem czynność Zamawiającego i jej prawidłowość w świetle dokumentów i informacji, którymi Zamawiający dysponował.

W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że zobowiązanie złożone przez Odwołującego zawiera zbyt mało informacji, aby uznać, że dowodzi ono realnego przekazania wykonawcy wiedzy i doświadczenia. Tymczasem na wykonawcy korzystającym z możliwości określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Kwestia ta mogłaby być przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a w przypadku nierozwiązania wątpliwości Zamawiający byłby zobowiązany do wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyby Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu niewniesienia prawidłowego wadium.

W odniesieniu do robót wskazanych w poz. 2 wykazu wskazać należy, że Odwołujący ograniczył się wyłącznie do zanegowania oceny dokonanej przez Zamawiającego, stwierdzając, że *Odwołujący z całą stanowczością wskazuje, że w ramach tego zadania ATLINE Sp. J. S. P. wykonała m. in. przebudowę ogrodzenia z siatki, instalacje elektryczne obwodnicy oświetleniowej oraz instalacje zasilania rezerwowego dla systemów alarmowych, obwodnicy oświetleniowej i budynków, co świadczy o tym, iż zakres tych czynności potwierdza spełnienie warunku sformułowanego przez Zamawiającego*. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania swoich twierdzeń, nie złożył dowodów mających na celu zakwestionowanie ustaleń Zamawiającego co do zakresu spornych robót budowlanych. Wobec powyższego Izba nie miała podstaw do zakwestionowania oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu co do zasady powinno skutkować wezwaniem wykonawcy do ich złożenia. Jednak art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwalnia Zamawiającego z obowiązku takiego wezwania,

31

---

jeżeli mimo złożenia prawidłowych dokumentów oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Oferta Odwołującego została uznana za odrzuconą w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zatem wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących warunku wiedzy i doświadczenia nie było ani obowiązkowe, ani celowe. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający w analogicznej sytuacji wezwał innego wykonawcę (Konsorcjum Polaqua) do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pismo z dnia 5 sierpnia 2015 r. Wezwanie to – wobec faktu, że również ten wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania – było niezasadne, a odmienne traktując w takich samych okolicznościach Odwołującego i Konsorcjum Polaqua Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi jednak na fakt, że zarówno Odwołujący, jak i Konsorcjum Polaqua zostali wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, było naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania i ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

32

---

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

33