Sygn. akt KIO 1357/16

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **22 lipca 2016 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] IWENT** Sp. **z o.o. z siedzibą w Dębowcu [pełnomocnik] i [2] MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] IWENT Sp. z o.o. z siedzibą w Dębowcu [pełnomocnik] i [2] MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**
i nakazuje:
1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] IWENT Sp. z o.o.**

---

z siedzibą w Dębowcu [pełnomocnik] i [2] MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] IWENT Sp. z o.o. z siedzibą w Dębowcu [pełnomocnik] i [2] MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** na rzecz zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2015 r. poz. 2164)** na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1357/16

Uzasadnienie

Zamawiający Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa 95 sztuk sprawnych technicznie sekcji obudów zmechanizowanych do eksploatacji w ścianach zawałowych dla KHW S.A. KWK Mysłowice-Wesoła«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **21.05.2016 r.** pod nrem **2016/S 097-174688.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2015 r. poz. 2164)** zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zaprosił **12.07.2016 r.** do aukcji elektronicznej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **konsorcjum BECKER Warkop Sp. z o.o.** i **Węglokoks SA oraz wykonawcy FAiMUR.**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] IWENT Sp. z o.o. z siedzibą w Dębowcu [pełnomocnik] i [2] MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,** wniósł **22.07.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

1) wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert podlegających odrzuceniu, tj. ofert złożonych przez konsorcjum **BECKER Warkop sp. z o.o. oraz Węglokoks SA (dalej wykonawca BECKER)** oraz oferty wykonawcy, który nie wykazał, spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. **wykonawcy FAMUR SA;**
2) dopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej ofert, które podlegały odrzuceniu, tj. ofert złożonych przez **konsorcjum BECKER** oraz wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. **wykonawcy FAMUR,** a ponadto przeprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem ww. **wykonawców;**
3) zaniechanie wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa z **28.06.2016 r.,** udzielonego W. I. przez **wykonawcę Węglokoks SA,** które nie obejmowało upoważnienia do złożenia oferty w imieniu obu członków konsorcjum **wykonawcy BECKER;**

4) zaniechanie odrzucenia oferty, złożonej przez **konsorcjum BECKER,** podczas gdy oferta ta była niezgodna z ustawą oraz niezgodna z treścią **SIWZ;**
5) zaniechanie wezwania **konsorcjum HYDROTECH SA oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** do złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego Z.K.(wykonawca **Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA);**
6) zaniechanie wezwania **konsorcjum wykonawcy BECKER** do złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego J.P., R.K., S.S. (dot. **wykonawcy Węglokoks SA);**
7) zaniechanie wezwania konsorcjum **wykonawcy BECKER,** a także **konsorcjum HYDROTECH SA oraz Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** do wyjaśnienia składu osobowego zarządu **Węglokoks SA i wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** na dzień składania ofert;
8) zaniechanie wykluczenia **wykonawcy HYDROTECH SA oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** z postępowania i uznania oferty tego konsorcjum za odrzuconą;
9) zaniechanie skierowania do **wykonawcy FAMUR SA** wezwania do uzupełnienia opinii bankowej;
10) zaniechanie skierowania do **wykonawcy FAMUR SA** wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących opinii bankowej;
11) zaniechanie dokonania wyboru oferty **odwołującego** bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

1) **art. 23 Pzp** w zw. z **art. 98 i nast. Kc** w zw. z **art. 14 Pzp** oraz **art. 26 ust. 3 Pzp** przez uznanie za prawidłowe pełnomocnictwa złożone przez **konsorcjum wykonawcę BECKER** do podpisania oferty przez W.I. oraz zaniechania wezwania, do uzupełnienia tego pełnomocnictwa przez **zamawiającego** na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** na skutek nieprawidłowego uznania, że pełnomocnictwo z **28.06.2016 r.,** udzielone W. I. przez **wykonawcę Węglokoks SA** obejmowało upoważnienie do złożenia oferty w imieniu obu członków konsorcjum **wykonawcy BECKER;**
2) **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** oraz **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** na skutek jego niezastosowania oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum **wykonawcę BECKER,** podczas gdy oferta ta była niezgodna z ustawą oraz niezgodna z treścią **SIWZ** (w treści formularza ofertowego okres gwarancji był poprzedzony sformułowaniem „minimum");

3) **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp** na skutek zaniechania ich zastosowania oraz zaniechania wykluczenia **wykonawcy HYDROTECH SA** oraz **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** z postępowania i uznania oferty tego konsorcjum za odrzuconą, mimo że gwarancja wadialna została wystawiona tylko na jednego członku konsorcjum (wykonawcę **HYDROTECH SA);**
4) **art. 7 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, art. 388 § 4 oraz art. 368 Ksh, a ponadto art. 17 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym,** na skutek ich błędnego zastosowania oraz zaniechania wezwania **konsorcjum wykonawcy HYDROTECH S.A. oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** do złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego Z.K. (dot.: **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA),** w sytuacji gdy figurował on w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego, a ww. konsorcjum nie złożyło wraz z ofertą uchwały o odwołaniu tego członka zarządu lub informacji o tym, że nie jest on już członkiem zarządu w związku z wystąpieniem innych okoliczności powodujących ustanie pełnienia przez niego członka zarządu;
5) **art. 7 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, art. 368 § 4 oraz art. 369 KSH, a ponadto art. 17 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym** na skutek ich błędnego zastosowania oraz zaniechania wezwania konsorcjum **wykonawcy BECKER** do złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego J.P., R.K., S.S., w sytuacji gdy figurowali oni w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego (dot. **wykonawcy Węglokoks SA),** a ww. konsorcjum nie złożyło wraz z ofertą uchwał o odwołaniu tych członków zarządu lub informacji o tym, że nie są oni członkami zarządu w związku z wystąpieniem innych okoliczności powodujących ustanie pełnienia przez nich funkcji członka zarządu;
6) z ostrożności procesowej – **art. 7 Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, art. 368 § 4 oraz art. 369 Ksh,** a ponadto **art. 17 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym,** przez zaniechanie wezwania **konsorcjum wykonawcy BECKER,** a także **konsorcjum wykonawcy HYDROTECH SA** oraz **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** do wyjaśnienia składu osobowego zarządu **wykonawcy Węglokoks SA** i **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** na dzień składania ofert, w sytuacji gdy istniały uzasadnione wątpliwości w tym zakresie;
7) **art. 26 ust. 3 Pzp** na skutek zaniechania jego zastosowania oraz zaniechania skierowania do **wykonawcy FAMUR SA** wezwania do uzupełnienia opinii bankowej w sytuacji gdy informacja ta dotyczyła okresu wcześniejszego niż 3 miesiące przed terminem składania ofert (w opinii bankowej z **01.04.2016 r.,** powołano się na stan danych z **04.02.2016 r.);**

8) z ostrożności procesowej – **art. 26. ust. 4 Pzp** na skutek zaniechania jego zastosowania przez zaniechania skierowania do **wykonawcy FAMUR SA** wezwania da złożenia wyjaśnień dotyczących opinii bankowej, w sytuacji gdy opinia ta wywoływała wątpliwości co do okresu, którego dotyczy (w Informacji z **01.04.2016 r.,** powołano się na stan danych z **04.02.2016 r.);**
9) **art. 7 w zw. z art. 91 Pzp oraz art. 91a, 91b i 91c w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a także art. 24 ust. 2 i art. 24 ust. 4 Pzp** przez dopuszczenie do aukcji wykonawców (konsorcjum **wykonawcy BECKER,** a także konsorcjum **wykonawcy HYDROTECH SA** oraz **wykonawca Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA),** których oferty podlegały odrzuceniu;
10) **art. 7 Pzp w zw. z art. 91 Pzp oraz art. 91a, 91b i 91c Pzp oraz w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp** przez dopuszczenie do aukcji wykonawców (konsorcjum **wykonawcy BECKER),** a także konsorcjum **wykonawcy HYDROTECH SA** oraz **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA),** których oferty należało uzupełnić przed dopuszczeniem ich do udziału w aukcji elektronicznej, ewentualnie których oferty należało wyjaśnić przed dopuszczeniem ich do udziału w aukcji elektronicznej;
11) **art. 7 Pzp w zw. z art. 91 Pzp oraz art. 91a, 91b i 91c Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp** przez dopuszczenie do aukcji **wykonawcy FAMUR SA,** mimo że **wykonawca ten** nie złożył opinii bankowej za okres nie

wcześniejszy niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; opinia bankowa z **01.04.2016 r.,** złożona przez **wykonawcę FAMUR SA** dotyczyła okresu wcześniejszego niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, (stan na **04.02.2016 r.); zamawiający** nie tylko zaniechał wezwania tego **wykonawcy** do uzupełnienia, lecz również zaniechał wezwania, do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie;

12) **art. 7 w zw. z art. 91 Pzp** przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które podlegały odrzuceniu tj. konsorcjum **wykonawcy BECKER,** a także **konsorcjum wykonawcy HYDROTECH SA** oraz **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** oraz zaniechanie wyboru oferty **odwołującego** bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;
2) unieważnienie aukcji elektronicznej oraz wszelkich czynności **zamawiającego** związanych z aukcją elektroniczną;
3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

4) nakazanie zamawiającemu wykluczenia **konsorcjum wykonawcy HYDROTECH SA** oraz **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp,** w związku z nieprawidłowym wniesieniem wadium oraz uznania oferty tego konsorcjum za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp;**
5) w razie nieuwzględnienia wniosku z pkt 4 – nakazanie **zamawiającemu** wezwania **konsorcjum wykonawcy HYDROTECH SA** oraz **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** do uzupełnienia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego Z.K. na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp,** alternatywnie nakazanie zamawiającemu wezwania **konsorcjum wykonawcy HYDROTECH SA** oraz **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** do wyjaśnienia składu osobowego zarządu **wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** na dzień składania ofert;
6) nakazanie **zamawiającemu** odrzucenia oferty **wykonawcy konsorcjum BECKER** w związku z niezgodnością tej oferty z **SIWZ** na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 80 ust. 1 pkt 2 Pzp;**
7) w razie nieuwzględnienia wniosku z **pkt 6** – nakazanie **zamawiającemu** wezwania **konsorcjum wykonawcy BECKER** do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Wojciecha Imiołka na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp;**
8) w razie nieuwzględnienia wniosku z **pkt 6** – nakazanie **zamawiającemu** wezwania konsorcjum **wykonawcy BECKER** do złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego J.P., R.K., S.S. (dot. **wykonawcy Węglokoks SA)** ma podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp,** alternatywnie nakazanie **zamawiającemu** wezwania konsorcjum **wykonawcy BECKER** do wyjaśnienia składu osobowego zarządu **wykonawcy Węglokoks S.A.** na dzień składania ofert;
9) nakazanie **zamawiającemu** wezwania **wykonawcy FAMUR SA** do uzupełnienia opinii bankowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową na 3 miesiące przed terminem składania ofert na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp,** alternatywnie nakazanie **zamawiającemu** skierowania do **wykonawcy FAMUR SA** wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących opinii bankowej z **01.04.2016 r.** na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp;**
10) nakazanie **zamawiającemu** dokonania czynności badania i oceny ofert złożonych przez pozostałych **wykonawców;**
11) obciążenie **zamawiającego** kosztami postępowania.

Argumentacja **odwołującego**

O naruszeniu przepisów przez **zamawiającego odwołujący** dowiedział się w momencie przesłania e-mailem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich **wykonawców,** którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, co miało miejsce **17.07.2016 r.**

W szczególności **wykonawca** wskazuje, że dopiero w tej dacie okazało się które oferty **zamawiający** uznał za niepodlegające odrzuceniu (tak również KIO w wyroku **KIO 1383/14).**

Interes odwołującego

Odwołujący spełnia przesłanki materialnoprawne z **art. 179 ust. 1 Pzp** ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** przepisów **ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.** W przypadku, uwzględnienia odwołania, istnieje nie tylko możliwość, ale wręcz całkowita pewność uznania oferty **odwołującego** za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (podobną wykładnię interesu przyjęła **KIO** w wyroku z **8 lipca 2010 r.** sygn. akt: **KIO/UZP 1338/10,** a także w wyroku z 15 stycznia 2013 r., sygn. akt **KIO 2933/12,** zgodnie z którym wystarczającą jest tu wskazanie naruszenie obowiązujących przepisów prowadzącą do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia). Wyjaśnić należy, że **odwołujący** nie uzyskał jeszcze zamówienia (na razie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej), zatem dalej ma on interes w uzyskaniu zamówienia, zwłaszcza gdy po aukcji elektronicznej okazało się, że **odwołujący** zaoferował najniższą cenę.

Odwołujący wskazuje przede wszystkim, że odrzucenie oferty złożonej przez **konsorcjum wykonawcę HYDROTECH SA i wykonawcę Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** oraz **konsorcjum wykonawcy BECKER** spowoduje, że w postępowaniu ostaną się dwie oferty: oferta **odwołującego** oraz – ewentualnie oferta **wykonawcy FAMUR SA**. W takim stanie rzeczy, zgodnie z przepisem **art. 91a Pzp** niemożliwym stanie się wyznaczenie aukcji elektronicznej, bo złożone będą jedynie 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zgodnie z powyżej wskazaną normą, aukcja elektroniczna przeprowadzona może być wyłącznie przy **trzech ofertach** niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym – wybór oferty najkorzystniejszej dokonany zostanie na podstawie oceny ofert, zgodnie kryteriami oceny określonymi w **SIWZ,** na który składały się cena oraz okres gwarancji. W tym stanie rzeczy – oferta **odwołującego,** jako przedstawiająca najniższą cenę oraz jeden z najdłuższych okresów gwarancji spośród dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu (odwołujący i **wykonawca FAMUR SA),** będzie musiała zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a więc zgodnie, z przepisem **art. 179 ust. 1 Pzp** „jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia...".

W obecnym stanie rzeczy, W wyniku podjęcia przez **zamawiającego,** czynności i zaniechań niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych, możliwość **odwołującego** w uzyskaniu zamówienia został znacznie ograniczona, a więc zgodnie z **art. 179 ust. 1 Pzp** „...może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** przepisów niniejszej ustawy". Szkody nie należy rozumieć w pojęciu cywilistycznym.

Odwołujący przytoczył postanowienie **KIO z 18 września 2014 r., KIO 1798/14:** „Izba *nie podzieleń poglądu, że wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań* ***zamawiającego,*** *w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 kwietnia 2013 r.* ***sygn. akt V Ca-2142/12).*** *Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to* ***odwołujący*** *powinien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę korzystniejszą, może skorzystać ze* środków *zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty, przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w [...] faktycznie nastąpiło. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".*

W związku z tym **odwołujący** uznał należy, że posiada legitymację do złożenia środka ochrony prawnej, bo wciąż ma on interes, w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** przepisów **ustawy.** Jak podkreśla się w doktrynie prawa, interes powinien być rozumiany szeroko, obejmują zarówno interes majątkowy jak i niemajątkowy. Nie jest konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, a wystarczy jego samo zagrożenie. W ocenie **odwołującego** przez bezprawną działania **zamawiającego** interes **odwołującego** został naruszony, co skutkowało brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadnienie zarzutów

1. Pełnomocnictwo dla W. I. od konsorcjum wykonawcy BECKER

Oferta posiada walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze „specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez **zamawiającego,** a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada

SIWZ. Skoro oferta stanowi oświadczenie woli, to musi zostać złożone przez osobę upoważnioną do składania oświadczenia woli. W.I. do podpisania oferty musiał mieć umocowanie ze strony obu członków konsorcjum. Tymczasem w ofercie jest tylko jedno pełnomocnictwo od **wykonawcy BECKER Warkop sp. z o.o. dla Węglokoks SA** oraz jedno pełnomocnictwo od **Węglokoks SA** dla W. I. . W.I. nie jest upoważniony do reprezentowania **wykonawcy BECKER Warkop sp. z o.o.** na innej podstawie niż pełnomocnictwo. Musiał on mieć pełnomocnictwo również od **wykonawcy BECKER Warkop sp. z o.o.** bezpośrednio od tego wykonawcy lub od wykonawcy **Węglokoks SA** działającego jako pełnomocnik **wykonawcy BECKER Warkop sp. z o.o.**

Odwołujący podnosi, że oferta **konsorcjum wykonawcy BECKER** została podpisana przez Wojciecha Imiołka, który miał pełnomocnictwo do działania wyłącznie w imieniu **wykonawcy Węglokoks SA**. W treści pełnomocnictwa z **28.06.2016 r.,** stanowiącego upoważnienie Wojciecha Imiołka do podpisania oferty nie ma jakiejkolwiek wzmianki o tym,

że pełnomocnictwo udzielane jest również w imieniu **wykonawcy BECKER Warkop sp. z o.o.,** czy że **wykonawca Węglokoks SA** działa jako upoważniony lider konsorcjum. Nie ma również pieczątki **wykonawcy BECKER Warkop sp. z o.o.** na pełnomocnictwie z **28.06.2016 r.**

Istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu. Oznacza to możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy (konsorcjum – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). W treści pełnomocnictwa należy wskazać wprost, z nazwy, konkretne postępowanie, którego dotyczy udzielone pełnomocnictwo, a także nazwę i adres zamawiającego prowadzącego dane postępowanie. Niezbędne jest też podanie nazw i siedzib podmiotów (wykonawców), którzy udzielają pełnomocnictwa. W chwili obecnej nie ma pewności czy **wykonawca Węglokoks SA** udzielał pełnomocnictwa tylko w imieniu własnym, czy też w imieniu **wykonawcy BECKER Warkop sp. z o.o.** Biorąc pod uwagę istotność czynności jawnej dokonanej przez W.I. (złożenie oferty) nie można w tym zakresie opierać się na domniemaniach czy przypuszczeniach. **Zamawiający** musi mieć, pewność, że oferta została podpisana przez osobę należycie umocowaną.

2. Niezgodność oferty konsorcjum wykonawcy BECKER z ustawą oraz treścią SIWZ

Kryteria oceny ofert stanowią podstawę wyboru najkorzystniejszej. Najkorzystniejsza ofertą jest rozumiana przez **Pzp** jako oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia albo oferta z najniższą ceną (art. **2 pkt 5 Pzp).** Z uwagi na powyższe, oświadczenie **wykonawcy** w zakresie elementów objętych jednym z kryteriów oceny: ofert ma istotne znaczenie, bowiem ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, kryteriami oceny ofert były cena oraz okres, gwarancji na hydraulikę siłową. Początkowo pkt 4 tiret drugie formularza ofertowego brzmiał: „Okres gwarancji minimum _ _ _ _ miesiące na hydraulikę siłową". Po zmianach wprowadzonych do **SIWZ 21.06.2016 r. zamawiający** słusznie wykreślił z punktu zwrot „minimum". Punkt 4 tiret drugie formularza ofertowego ostatecznie otrzymał brzmienie: „Okres gwarancji _ _ _ _ miesiące na hydraulikę siłową". W **SIWZ zamawiający** określił, że minimalny okres gwarancji na hydraulikę siłową to 24 miesiące (pkt **13.2 SIWZ, 12 SIWZ). Zamawiający** nie narzucił jednego okresu gwarancji, który wykonawcy powinni zaoferować, ale pozostawił wykonawcom wybór w tym zakresie.

Konsorcjum wykonawca BECKER wskazał w formularzu ofertowym okres gwarancji z wykorzystaniem zwrotu „minimum". Stanowi to o niezgodności oferty powyższego konsorcjum z treścią **SIWZ** oraz niezgodności oferty z **Pzp.** Oferta konsorcjum przy wykorzystaniu zwrotu „minimum" mogła podlegać dowolnym modyfikacjom w zakresie okresu gwarancji na hydraulikę siłową. Konsorcjum nie zadeklarowało bowiem sztywnego

okresu gwarancji a w trakcie badania i oceny ofert mogło dowolnie manipulować tym okresem, bez jakichkolwiek konsekwencji. W ocenie **odwołującego** w ten sposób **konsorcjum wykonawca BECKER** było na uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych **wykonawców.** Podczas badania i oceny ofert doszło zatem do niedopuszczalnej zmiany treści oferty (art. **87 ust. 1 Pzp).** Przedział okresu gwarancyjnego na hydraulikę mógł być

nieskończony (np. 32 miesiące) a w trakcie wyjaśniania (wyjaśnienia z **08.07.2016 r.)** doszło do jego wiążącego określenia (25 miesięcy).

W powyższym kontekście warto zwrócić uwagę na dwa aspekty. Po pierwsze, mimo że **konsorcjum wykonawca BECKER** rzekomo oferowało 25 miesięcy gwarancji, to nie zmieniło formy gramatycznej w pkt 4 formularza ofertowego („25 miesiące" zamiast „25 miesięcy"). Po drugie, w opisie technicznym **konsorcjum wykonawca BECKER** wskazuje na okres 24 miesięcy na hydrauliki siłowe (str. 75 oferty konsorcjum) – bez wzmianki, że jest to okres „minimum". Nie pozwala to na jednoznaczne ustalenie, jaki okres gwarancji oferuje konsorcjum wykonawca BECKER. **Zamawiający** musiałby rozstrzygnąć czy przyjąć powinien minimalny wymagany okres gwarancji (24 miesiące), czy też maksymalny wymagany okres gwarancji, a być może okres gwarancji dowolny, mieszczący się w podanych ramach czasowych.

Powyższe skutkuję brakiem wiedzy po stronie **zamawiającego** do okresu gwarancji. Jaki mógłby zaoferować **konsorcjum wykonawca BECKER** (zwłaszcza biorąc wewnętrznie sprzeczne oświadczenia w zakresie okresu gwarancji w ofercie **konsorcjum wykonawca BECKER).** Co więcej, poprawienie oferty **wykonawcy** w tym przedmiocie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty (okres gwarancji stanowił kryterium oceny ofert). Jak zauważyła KIO w wyroku z **12 marca 2012 r., KIO 429/12:** „Oświadczenie woli wykonawcy co do okresu oferowanego terminu gwarancji urządzeń, jako jedno z kryterium oceny ofert podlega punktacji i ocenie, a zatem ma istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonanie jakiejkolwiek zmiany w tym zakresie przez zamawiającego będzie miało bardzo istotny wpływ na treść oferty, będzie bowiem decydowało o pozycji wykonawcy w rankingu po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert (lub dalszym pozostawaniu przez wykonawcę w postępowaniu), a więc o możliwości uzyskania przez wykonawcę zamówienia. Co więcej, w ocenie Izby, byłaby to zmiana treści oferty".

Wykluczone będzie więc zastosowanie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** do usunięcia, wady z formularza **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.**

Zresztą **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** może służyć wyłącznie do naprawiania niezgodności oferty z **SIWZ,** a nie do usuwania wewnętrznych niezgodności, które prowadzą w istocie rzeczy do zmiany treści oferty wykonawcy (zakaz z **art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp).**

Zdaniem **odwołującego** wyrok w rozpoznawanej sprawie może mieć charakter precedensowy, wyznaczając praktykę postępowania dla przyszłych **wykonawców** i **zamawiających.** W świetle zbliżającej się nowelizacji Pzp, która odstępuje, od prymatu. najniższej ceny, kryteria pozacenowe nabiorą jeszcze większego znaczenia. Jeżeli **KIO** zaaprobuje model postępowania **zamawiającego,** to istnieje zagrożenie, że pozostali **wykonawcy** będą korzystać z tego orzeczenia dla uzasadnienia dokonywania zmian w ich ofertach w zakresie poza cenowych kryteriów. **Wykonawcy** będą celowo odstępować od jednoznacznego ustalania okresu gwarancji po to, aby po uzyskaniu wiedzy o pozostałych ofertach, zdecydować się na krótszy lub dłuższy okres (tak jak uczyniło to **konsorcjum wykonawca BECKER).**

Z uwagi na to, treść przedmiotowego oświadczenia powinna stać się podstawą do odrzucenia oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** jako niezgodnej z treścią **SIWZ** oraz na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** wskutek dokonania niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

3. Wadliwa gwarancja wadialna konsorcjum HYDROTECH SA i wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA

Konsorcjum HYDROTECH SA i Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA złożyło gwarancję bankową, która została wystawiona wyłącznie na **wykonawcę HYDROTECH SA.** W treści gwarancji wadialnej nie zostało wskazane, że zabezpiecza ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Okoliczność ta skutkuje koniecznością wykluczenia konsorcjum z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.** Wadliwość złożonej gwarancji polega na objęciu jej zakresem, wyłącznie działań lub zaniechań lidera konsorcjum z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę (tj. **wykonawca Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA).**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw.

konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Przepisy dotyczące **wykonawcy** stosuje się do nich zgodnie z **art. 23 ust. 3 Pzp** odpowiednio. W **Pzp** brak jest przepisu, który ustanawiałby solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum w zakresie innym niż określony w **art. 141 Pzp** (a zatem w trakcje trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obejmujący okres od złożenia oferty do jej wyboru (wyrok KIO z 15 marca 2012 r., sygn. akt: **KIO 421/12).** Ponadto **art. 141 Pzp** normuje relacje prawne na linii **zamawiający-wykonawcy** wspólnie ubiegający się o zamówienie, a nie relacji gwarant-zamawiający.

Biorąc pod uwagę całokształt **przepisów Pzp** odpowiedzialność solidarna członków konsorcjum nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (takich jak niezłożenie dokumentów lub

---

oświadczeń na wezwanie skierowane na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp).** Nie ma podstaw do wysuwania wniosku, że **art. 370 Kc** mógłby ewentualnie stanowić podstawę da rozciągnięcia solidarnej odpowiedzialności na ww. czynności. Przepis **art. 370 Kc** stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane, solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Tymczasem zawiązanie konsorcjum nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego, dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej. **Jeżeli zatem okoliczności skutkujące utratą wadium będą mogły być przypisane wyłącznie członkowi konsorcjum nieobjętemu gwarancją, to wówczas zamawiający nie będzie mógł skutecznie wyegzekwować roszczenia o zwrot wadium w stosunku do gwaranta (przykładowo, gdy członek konsorcjum nie wyrazi zgody na poprawienie omyłek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co spowoduje brak możliwości wyboru oferty jako najkorzystniejszej).**

Nie sposób zapominać, że charakter prawny gwarancji bankowej, a zwłaszcza sposób ukształtowania odpowiedzialności wykonawców wobec zamawiającego przekłada się na odpowiedzialność gwaranta. Zobowiązanie z tytułu gwarancji bankowej jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązaniu 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 (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z **10 lutego 2010 r. V GSK 233/09).** Nie można, zatem uzupełnić, wyjaśnić czy powoływać się na jakiekolwiek inne dokumenty czy informacje aniżeli literalne brzmienie treści gwarancji. Zatem fakt, że w **SIWZ zamawiający** nie zastrzegł szczególnego sposobu wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie może być skutecznie podniesiony wobec gwaranta i prowadzić do rozszerzenia jego odpowiedzialnością stosunku do treści gwarancji.

Konsorcjum należało wykluczyć na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp,** a ich ofertę uznać za odrzuconą w powołaniu na **art. 24 ust. 4 Pzp.**

4. Zmiany w składzie osobowym zarządu wykonawcy Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA oraz zarządu wykonawcy Węglokoks SA

Odwołujący zdaje sobie sprawę, że wpisy do KRS dotyczące zmian w składzie zarządu wywołują jedynie skutki deklaratywne, stwierdzające dokonanie przez właściwy organ statutowy czynności prawnej podlegającej rejestracji, a uchwała o powołaniu członka zarządu wywiera skutki prawne od chwili jej podjęcia, a nie od daty wpisania do rejestru (uchwała ma charakter konstytutywny). **Odwołujący** jest ponadto świadomy, że fakt zgłoszenia zmian w składzie zarządu do KRS nie ma charakteru prawnie doniosłego.

Niemniej jednak dane wpisane do KRS są objęte domniemaniem z **art. 17 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym.**

Jeżeli zatem z odpisu KRS złożonego wraz z ofertą **konsorcjum HYDROTECH SA i Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** oraz konsorcjum **wykonawca BECKER** ujawniono członków zarządu w osobach J.P., R.K., S.S. (dot. **Węglokoks SA),** a ponadto w osobie Z.K.(dot. wykonawcy **Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA)** to **zamawiający** ma prawo oczekiwać, że wykonawcy albo złożą zaświadczenia z **KRK** dotyczące tych osób, albo

przedstawią wyjaśnienia w przedmiocie składu osobowego zarządu na dzień składania ofert. W rozpoznawanym wypadku oba wymienione wyżej konsorcja złożyły wyłącznie uchwały o powołaniu członków zarządu.

Zgodnie z **przepisami Ksh** samo powołanie członka zarządu nie powoduje, że odwołany jest inny członek zarządu. Taki pogląd jest ugruntowany w orzecznictwie i doktrynie (np. wyrok **SN z 5 grudnia 2002 r., I PKN 619/01, GSNP 2004 nr 11, poz. 191)** „odwołanie oraz wybór członka zarządu spółki z o.o. następuje na mocy uchwały zgromadzenia wspólników, której skuteczność nie zależy od dokonania odpowiedniego wpisu w rejestrze (KRS).

Oba konsorcja powinny złożyć uchwały o odwołaniu członków zarządu, albo informacji, że ich kadencja upłynęła, a mandat wygasł (lub że mandat wygasł z innych powodów), a przez to, że nie pełnią oni już funkcji członka zarządu.

Stanowisko **odwołującego** znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie **KIO** szczególną uwagę zasługuje **wyrok KIO z 05.11.2008 r. KIO/UZP 1137/08:** „Zdaniem **KIO** zarzut naruszenia przepisu **art. 24 ust. 4 Pzp** znalazł potwierdzenie. W istocie, z KRS wynika, ze członkami zarządu **odwołującego** są p. W.S., p. T. K, p. T.H., p. K.T. W związku z powyższymi i w świetle wymogli określonego w **sekcji V pkt 6 SIWZ, zamawiający** miał prawo oczekiwać, że **odwołujący** dostarczy dla wymienionych osób, aktualną informację z KRK albo równoważne zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w **art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp''.**

Z wymienionych wyżej przyczyn **zamawiający** powinien wezwać **konsorcja BECKER Warkop Sp. z o.o. i Węglokoks SA oraz HYDROTECH SA i Przedsiębiorstwo HYDROMEL SA** do. uzupełnienia dokumentów dotyczących członków zarządu ujawnionych w **KRS.** Z ostrożności procesowej **odwołujący** podnosi, że **zamawiający** powinien wezwać, do wyjaśnienia opisanych nieprawidłowości w oparciu o **art. 26 ust. 4 Pzp** (zaistniała rozbieżność między danymi z KRS, uchwałami o powołaniu członków zarządu a złożonymi zaświadczeniami z KRK). Nie ulega wątpliwości, że instytucja wezwania do wyjaśnienia dokumentacji jest instytucją obligatoryjną, Taką konkluzję można wywieść zarówno z konstrukcji przepisu **art. 26 ust. 4 Pzp,** w którym brak jest takich sformułowań, jak „może" czy „jest uprawniony do", jak i szeregu orzeczeń KIO (np. wyrok KIO z 26 lipca 2011 r. w **KIO**

1467/11). W jednym z orzeczeń (wyrok **KIO z 25 maja 2012 r., KIO 984/12),** Izba uznała, wręcz, że „(...) zamawiającemu nie wolno zastępować obligatoryjnego zastosowania **art. 26 ust. 1 Pzp** przez dokonywanie własnoręcznie ustaleń do wątpliwej treści dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp''.** Natomiast w wyroku z **24 maja 2012 r. KIO 956/12 KIO** skonstatowała, że przepis **art. 26 ust. 4 Pzp** wyraźnie wskazuje na istnienie takiego obowiązku, nie pozostawiając decyzji o żądaniu wyjaśnień w sferze dyspozycji zamawiającego". **Zamawiający** nie mając pewności spełnienia warunków przez **wykonawcę** powinien zastosowań procedurę wyjaśniania oferty oświadczeń lub dokumentów oferty potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z **art. 24 ust 4 Pzp** (por. wyrok KIO z **10 stycznia 2014 r., KIO 2898/13).**

5. Opinia bankowa przedstawiona przez wykonawcę FAMUR S.A.

Odwołujący zauważa, że według opinii bankowej z **01.04.2016 r. wykonawca FAMUR SA** posiadał zdolność kredytową badaną na **04.02.2016 r.** (treść opinii bankowej z **01.04.2016 r.:** „Powyższych informacji udzielamy w oparciu o dane zawarte w systemach PKO Banku Polskiego SA, według stanu na 04.02.2016 r., stanowiące tajemnicę, bankową W rozumiem u przepisów ustawy Prawo bankowe" – str. 10 oferty **wykonawcy FAMUR SA).** Opinia bankowa jest nieaktualna w świetle postanowień **SIWZ** oraz przepisów **Pzp,** ponieważ dotyczy stanu późniejszego niż 3 miesiące, przed terminem składania ofert.

W świetle zaistniałych okoliczności **zamawiający** powinien wezwać da uzupełnienia powyższej opinii tak aby potwierdzała ona stan nie późniejszy niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Z ostrożności procesowej **odwołujący** podnosi, że **zamawiający** powinien alternatywnie wezwać do wyjaśnienia opinii z uwagi na jej wewnętrzną sprzeczność.

6. Nieprawidłowe dopuszczenie do aukcji oraz nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej

W konsekwencji powyższych czynności i zaniechań **zamawiającego,** będąc w mylnym przekonaniu, że w postępowania złożono cztery oferty niepodlegająca odrzuceniu

wystosował on do czterech **wykonawców** zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

Z kolei zgodnie z przepisem **art. 91a ust. 1 Pzp,** taka czynność **zamawiającego** dopuszczalna jest jedynie z sytuacji, gdy złożono co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. W rozpoznawanym postępowaniu, zgodnie z wyjaśnieniami złożone zostały jedynie 2 oferty niepodlegające odrzuceniu (odwołującego i **wykonawcy FAMUR SA),** a więc niedopuszczalnym jest dokonanie przez **zamawiającego** aukcji elektronicznej, a zastosowanie znaleźć powinien przepis **art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp,** z którym zgodnie zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów przewidzianych w **SIWZ,** a nie przy pomocy aukcji elektronicznej. Poza tym,

dopuszczenie **wykonawcy FAMUR SA** było bezpodstawne, bo **wykonawcy FAMUR SA** nie wykazał, że spełnia warunki udziałów postępowaniu.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tego zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez **zamawiającego** w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych (por. **wyrok KIO z 29 sierpnia 2011 r., KIO 1771/11).**

Jeśli **zamawiający** dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, nie mając pewności, że **wykonawca,** którego oferta została wybrana, nie podlega wykluczeniu (lub że oferta podlega odrzuceniu), narusza zasadę równego traktowania **wykonawców** i zasadę uczciwej konkurencji (tak **np. KIO w wyroku z 18 kwietnia 2011 r., KIO 733/11).** W przedmiotowym postępowaniu **zamawiający** dopuścił do aukcji elektronicznej **4 wykonawców,** mimo że tylko jeden (odwołujący) spełniał wszystkie wymogi **zamawiającego** bez konieczności wzywania go do uzupełnienia, czy wyjaśnienia treści złożonych dokumentów. Pozostałe oferty obarczone byty nieprawidłowościami, których **zamawiający** nie usunął (albo przez odrzucenie oferty ich uzupełnienie i wyjaśnienie), bezprawnie dopuszczając 3 **wykonawców** do udziału w aukcji.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 22.07.2016 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **25.07.2016 r.** (art. **185 ust. 1 in initio Pzp).**

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **03.08.2016 r.** (art. **186 ust. 1 Pzp):**

1) **zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania;
2) **zamawiający** oświadczył, że przeprowadził aukcję, w której wziął udział również **odwołujący** i **odwołujący** wygrał tę aukcję.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w **art. 189 ust. 2 Pzp.** Odwołanie, wobec czynności **zamawiającego** wystosowania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w tym do wykonawcy który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu oraz wobec przeprowadzenia tej aukcji, zostało złożone w ustawowym, dziesięciodniowym terminie wynikającym z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp,** który to przepis brzmi »Odwołanie wnosi się […] w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8«.

Następnie **Izba** ustaliła, że **odwołujący** nie wykazał, że **odwołujący** wnosząc odwołanie legitymuje się przesłankami materialnoprawnymi, czyli że **odwołujący** nie wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz **poniósł lub może ponieść szkodę** w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, o czym mowa w **art. 179 ust. 1 Pzp,** który to przepis brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale **przysługują wykonawcy,** uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał **interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów** niniejszej ustawy«.

Izba podkreśla, że interes w uzyskaniu zamówienia jest kwalifikowany możliwością poniesienia szkody przez **wykonawcę** w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to odwołania złożonego przez **odwołujących** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **[1] IWENT Sp. z o.o. z siedzibą w Dębowcu [pełnomocnik] i [2] MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,** których oferta uznana została za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdza, że **odwołujący** nie zdołali wykazać możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku stawianych zarzutów wobec ofert, sklasyfikowanych jako mniej korzystne od oferty złożonej przez **odwołujących,** zwłaszcza że w postępowaniu **zamawiający** przeprowadził aukcję elektroniczną i **odwołujący** złożyli ostatnie, najkorzystniejsze postąpienie i w efekcie tego postąpienia oferta obecnego **odwołującego** została wybrana jako najkorzystniejsza, zgodnie z **art. 91a ust. 1 zdanie pierwsze Pzp,** który to przepis brzmi »Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję

elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu«.

Dodatkowo **Izba** wskazuje, że przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ustanawiają instytucję odwołania, jako środek ochrony prawnej nakierowany na zmianę sytuacji **odwołującego,** tak aby oferta **odwołującego** miała możliwość wyboru jako najkorzystniejsza i dotyczy to wyboru w konkretnym rozpoznawanym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisów nie wynika, że odwołanie może być środkiem nakierowanym na doprowadzenie do zgodności z prawem wszystkich działań **zamawiającego.** Odwołanie jest środkiem umożliwiającym wybór w danym postępowaniu oferty odwołującego. Takie stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z **7 grudnia 2011 r.** w sprawie o sygn. **V Ca 1973/11,** w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu swojego orzeczenia Sąd wskazał, że »[...] przepis **art. 179 ust. 1 Pzp** [...] powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia«.

Rzeczą wykonawcy mającego zamiar korzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie kumulatywnego zaistnienia opisanych w **art. 179 ust. 1 Pzp** trzech przesłanek: »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale **przysługują**

wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał [1] **interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz** [2] **poniósł lub może ponieść szkodę** [3] **w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów** niniejszej ustawy«

Stąd należy oczekiwać od odwołujących dokonania oceny oraz wykazania szkody, jej konkretyzacji w związku z zarzucanymi naruszeniami przepisów, a w konsekwencji - wpływu, jaki stawiane zarzuty oraz ich uwzględnienie odniesie w stosunku do sytuacji wykonawcy, przy czym nie chodzi o jakikolwiek wpływ, ale wpływ wyrażający się w sferze szkody po stronie danego odwołującego.

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] IWENT Sp. z o.o. z siedzibą w Dębowcu [pełnomocnik] i [2] MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,** których oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wykazali, że mogą ponieść szkodę, bo to właśnie będzie im udzielone zamówienie na warunkach, na które dobrowolnie przystąpili i za cenę , którą sami dobrowolnie zaoferowali.

Z tego powodu, odwołanie tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego musi podlegać oddaleniu i nie mogło podlegać rozpatrzeniu.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp,** czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……