

WYROK

z dnia 23 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 marca 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A.** w dniu 9 marca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Energetyka Spółka Akcyjna, 00-681 Warszawa, ul. Hoża 63/67 (pełnomocnik wykonawców), TRAKCJA-TILTRA Spółka Akcyjna, 00-120 Warszawa, ul. Złota 59, lok. XVIII p., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 80-051 Gdańsk, ul. Sandomierska 17 – sygn. akt KIO 467/12**
- B.** w dniu 12 marca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie Spółka Akcyjna, 30-048 Kraków, ul. Kazimierza Czapińskiego 3 (pełnomocnik wykonawców), Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50A, Biuro Inżynierskich Usług Projektowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 30-048 Kraków, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, Krakowskie Zakłady Automatyki Spółka Akcyjna, 30-552 Kraków, ul. Wielicka 28 – sygn. akt KIO 483/12**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” Spółka Akcyjna, 02-972 Warszawa, ul. Adama Branickiego 15 (pełnomocnik wykonawców) , DRAGADOS S.A., 28020 Madryt (Hiszpania), Avda. del Camino de Santiago 50, VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A., 28020 Madryt (Hiszpania), C/ Orense 11, 4^a Planta, ELECTREN S.A., 28020 Madryt (Hiszpania), , Avda. Brasil 6, 2^a Planta – w sprawach o sygn. akt: KIO 467/12 i KIO 483/12

1

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców), Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie – w sprawie o sygn. akt KIO 467/12

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 467/12 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie, TRAKCJA-TILTRA S.A. z siedzibą w Warszawie, Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez tych wykonawców.**
2. **Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 483/12.**
3. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z**

siedzibą w Warszawie i odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A z siedzibą w Krakowie, Bilfinger Berger Budownictwo S.A z siedzibą w Warszawie, Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A z siedzibą w Krakowie, i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” S.A z siedzibą w Warszawie, DRAGADOS S.A z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A z siedzibą w Madrycie, ELECTREN S.A z siedzibą w Madrycie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A z siedzibą w Krakowie, Bilfinger Berger Budownictwo S.A z siedzibą w Warszawie, Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,**

2

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

Krakowskie Zakłady Automatyki S.A z siedzibą w Krakowie – tytułem wpisów od odwołań,

- 3.2 zasądza od **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Energetyka S.A z siedzibą w Warszawie, TRAKCJA-TILTRA S.A z siedzibą w Warszawie, Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

- 3.3 zasądza od **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A z siedzibą w Krakowie, Bilfinger Berger Budownictwo S.A z siedzibą w Warszawie, Biuro Inżynierskich Usług Projektowych sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A z siedzibą w Krakowie** na rzecz **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków – stacja Siedlce, Łuków i Międzyrzec Podlaski (pełny zakres robót) oraz odcinki szlakowe (tylko systemy sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacja) w ramach projektu POLiŚ 7.1-9.1 „Modernizacja linii kolejowej E 20/CE 20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II* (oznaczenie sprawy: IRZRd-216-1/11-POLiŚ 7.1-9.1).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 21 lipca 2011 r. pod nr 2011/S_138-229125, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.plk-sa.pl), na której zamieścił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 754.660.658,93 zł, co stanowi równowartość 196.577.405,30 euro.

2 marca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał faksem wykonawcom, którzy złożyli oferty, informację o rozstrzygnięciu postępowania. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie oraz trzech spółek hiszpańskich z siedzibą w Madrycie: DRAGADOS S.A., VÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A., ELECTREN S.A. (zwanych dalej w skrócie od firmy lidera „Konsorcjum POL-AQUA”). Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta złożona przez innych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie, Bilfinger Berger Budownictwo S.A., Biuro Inżynieryjnych Usług Projektowych sp. z o.o. z, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. – wszystkie spółki z siedzibą w Krakowie, z wyjątkiem drugiej spółki, której siedziba jest w Warszawie (zwanych dalej w skrócie od firmy lidera „Konsorcjum PRK”). Zamawiający poinformował również o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp między innymi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PKP Energetyka S.A., TRAKCJA-TILTRA S.A., obie spółki z siedzibą w Warszawie, oraz Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwanych dalej w

4

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

skrócie od firmy lidera „Konsorcjum PKP Energetyka”). Uzasadnienie faktyczne tej decyzji było następujące [oferta nr 6 została złożona przez Konsorcjum PKP Energetyka]:

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2011 r. na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy zwrócił się do wszystkich Wykonawców o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca składający ofertę nr 8 nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Na wezwanie nie odpowiedzieli Wykonawcy składający oferty nr 4 i 6.

W dniu 28 grudnia 2011 r. (tj. po terminie związania ofertą – ostatni dzień terminu związania ofertą przypadał na dzień 27 grudnia 2011 r.) wpłynęło do Zamawiającego pismo Wykonawcy składającego ofertę nr 11: informujące, że Wykonawca zgadza się na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni w dowód czego załącza aneks do gwarancji wadialnej przedłużającej termin wadium do dnia 27 lutego 2012 r.

Jednak z uwagi na fakt, że Wykonawca przekazał Zamawiającemu pismo 1 dzień po upływie terminu związania ofertą – uznaje się że Wykonawca przestał być związany ofertą, albowiem zgodnie z orzecznictwem KIO okres związania ofertą musi pozostać ciągły i nieprzerwany. Nie jest dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie ponowne jego ustanowienie.

9 marca 2012 r. (pismem z tej daty) Konsorcjum PKP Energetyka wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wskazanych przez siebie czynności Zamawiającego:

1. Wyboru oferty Konsorcjum POL-AQUA jako najkorzystniejszej.
2. Zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.
3. Zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przez te czynności następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2 – poprzez uznanie, że Konsorcjum PKP Energetyka nie wyraziło zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i wykluczenie z tego powodu, w sytuacji, gdy brak jest przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie tej przesłanki ustawowej.

2. Art. 24 ust 4 – poprzez uznanie oferty Konsorcjum PKP Energetyka za odrzuconą, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności.
3. Art. 85 ust. 1 pkt 2 i ust. 5 w zw. z art. 14 w związku z art. 111 Kodeksu cywilnego (dalej zwanego również w skrócie „kc”) – poprzez uznanie, że art. 85 ust. 5 ustanawia odmienny od kodeksowego sposób obliczania biegu terminu związania ofertą złożoną w

5

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

postępowaniu publicznym, w sytuacji, gdy przepis ten wskazuje jedynie od kiedy należy liczyć ten bieg przy zastosowaniu regulacji kodeksowych.

4. Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe – poprzez uznanie, że Konsorcjum POL-AQUA złożyło wadium zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi i wymaganiami Zamawiającego, i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA z postępowania z powodu niewniesienia wadium, w sytuacji, gdy złożona gwarancja wadialna obarczona jest wadami formalnymi uniemożliwiającymi dochodzenie przez Zamawiającego swoich roszczeń.
5. Art. 24 ust 4 – poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum POL-AQUA za odrzuconą.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Konsorcjum PKP Energetyka z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.
2. Dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.
3. Dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum PKP Energetyka.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

[zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego]

Ostatecznie termin otwarcia ofert został ustalony na dzień 29 września 2011 r. 14 grudnia 2011 r. Zamawiający pismem o sygn. IRZRb-216-1/11-POLiŚ 7.1-9.1/58/11, zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o 60 dni na podstawie art. 85 ust. 2 pzp. Zamawiający poinformował również w tym piśmie wykonawców o treści art. 85 ust. 4 pzp. Pomimo przedłużenia terminu związania ofertą Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, dlatego też Odwołujący, działając na mocy art. 85 ust. 2 pzp, poinformował 24 lutego 2012 Zamawiającego (pismem Nr EH32a-831/1-1/2012), że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni, jednocześnie przedkładając Aneks nr 2 gwarancji wadialnej, przedłużający okres ważności wadium do 28 marca 2012 r.

Zgodnie z pkt. 16.1, Tom I – Instrukcja Dla Wykonawców (dalej zwana w skrócie „IDW”) s.i.w.z. *Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 90 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.* To ostatnie zdanie odpowiada art. 85 ust. 5 pzp. Kluczowym zagadnieniem jest rozstrzygnięcie, czy przepis ten statuuje inny niż przewidziany w art. 111 § 2 kc sposób liczenia terminu związania ofertą.

6

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

Odwołujący stoi na stanowisku, że art. 85 ust. 5 pzp nie jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisu kodeksowego. Art. 85 ust. 5 pzp precyzyjnie określa dzień, w którym termin związania ofertą rozpoczyna swój bieg, jest to też niewątpliwie pierwszy dzień związania ofertą. Przepis ten nie określa jednakże sposobu, w jaki termin związania ofertą należy liczyć. Dlatego też, zgodnie z art. 14 pzp w zw. z art. 111 § 2 kc, należy ten termin liczyć zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, co oznacza, że przy obliczaniu terminu związania ofertą nie uwzględnia się dnia upływu terminu składania ofert. Gdyby ustawodawca zamierzał zastosować na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych inny sposób liczenia terminu związania ofertą, zamieściłby wprost w ustawie pzp stosowany przepis, z którego jednoznacznie wynikałaby odmiennność od zasad ogólnych przyjętych w

art. 111 kc [tak m.in. J. Pieróg w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* oraz I. Skubiszak-Kalinowska w: *W jaki sposób należy obliczać termin związania ofertą*, *Gazeta Prawna* z 23 lipca 2008 r.). W związku z tym należy uznać, że Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w ostatnim dniu „pierwotnego” związania ofertą, który przypadał na 28 grudnia 2011 r. Oznacza to, że Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z naruszeniem przepisów ustawowych, gdyż nie nastąpiła przerwa w związaniu ofertą.

[zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA]

Konsorcjum POL-AQUA złożyło w przedmiotowym postępowaniu gwarancję bankową (gwarancja przetargowa nr 1587/16332 wystawiona w dniu 24 sierpnia 2011 r. na zlecenie Vias y Construcciones S.A. na sumę gwarancyjną w wysokości 1.587.500,00 zł), w której treści nie wskazano banku, który, po spełnieniu warunków przewidzianych w pzp, wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – Zamawiającego. Oznacza to, że gwarancja ta nie spełnia wymogów skutecznej gwarancji bankowej, przewidzianych w art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe. Definicja legalna gwarancji bankowej znajdująca się w tym przepisie mówi, że: *Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, (...) bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji.* Niezbędnej treści gwarancji bankowej nie może zastępować logo banku widniejące na papierze firmowym, ani pieczęć z nazwą banku figurująca przy podpisach osób działających w imieniu gwaranta. Co więcej, gwarancja złożona przez Konsorcjum POL-AQUA nie wskazuje w jaki sposób beneficjent gwarancji miałby wyegzekwować należne mu świadczenie. W jej treści znalazło się stwierdzenie, że *„Żądanie zapłaty Beneficjenta zawierające jego oświadczenie (...) powinno zostać złożone, wraz z oryginałem niniejszej gwarancji, w siedzibie Oddziału, w... („...” należy do cytatu).* Tak postawiony warunek czyni iluzorycznym dochodzenie swoich należności przez Zamawiającego. Nie wiadomo bowiem

7

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

gdzie Zamawiający miałby się udać, ani do kogo wystosować odpowiednie żądanie spełnienia świadczenia, w razie wystąpienia zdarzeń przewidzianych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp. Zamawiający nie może pozostawać w niepewności co do faktycznego zabezpieczenia swoich interesów przez złożone wadium. Gwarancja przedstawiona przez Konsorcjum POL-AQUA jest tylko pozornym zabezpieczeniem, skoro Zamawiający de facto nie wie i nie może się dowiedzieć, w jaki sposób może dochodzić należnych mu świadczeń. Zapewnienie *nieodwołanej i bezwarunkowej zapłaty* jest w tym przypadku jedynie formułą przyjętą w obiegu bankowym, skoro pozostałe postanowienia gwarancji tę bezwarunkowość i nieodwołalność niweczą. Obowiązujące przepisy nie dopuszczają możliwości uzupełniania złożonego w postępowaniu publicznym wadium, ani nie przewidują możliwości wyjaśniania treści wadium złożonego w postaci gwarancji bankowej. Konsorcjum POL-AQUA, biorąc pod uwagę art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, powinno zatem zostać wykluczone z postępowania, gdyż złożenie wadliwego wadium jest bowiem równoznaczne w skutkach z brakiem złożenia wadium jako takiego.

12 marca 2012 r. (pismem z 9 marca 2012 r.) Konsorcjum PRK wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wskazanych czynności Zamawiającego:

1. Wyboru oferty Konsorcjum POL-AQUA jako najkorzystniejszej.
2. Zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.
3. Zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przez te czynności następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, jak i nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, co w konsekwencji – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA – prowadzi do niezgodnego z przepisami ustawy pzp udzielenia mu zamówienia.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 2 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA, które nie wniosło wadium zgodnego z przepisami pzp (w szczególności art. 45

ust. 6), jak i pkt 11 s.i.w.z.

3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.
4. Art. 26 ust. 4, w powiązaniu z art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 3 – przez wezwanie Konsorcjum POL-AQUA do złożenia wyjaśnień w zakresie błędnie złożonego, w wyniku

8

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

wezwania do uzupełnienia dokumentów, oświadczenia, a tym samym próba obejścia zakazu wielokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentacji ofertowej.

5. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum POL-AQUA, podczas gdy złożona oferta była niezgodna z postanowieniami pkt. 15 ust. 1 lit. k s.i.w.z.
6. Art. 89 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum POL-AQUA, które podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum POL-AQUA najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

[naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.]

Konsorcjum POL-AQUA wniosło gwarancję wadialną niezgodną z postanowieniami s.i.w.z., jak i przepisami ustawy pzp. Wynika to z faktu, że przedstawiona przez konsorcjanta Via y Construcciones S.A. gwarancja wadialna (Gwarancja przetargowa nr 1587/16332) skonstruowana jest w taki sposób, że uniemożliwia Zamawiającemu jako beneficjentowi skorzystanie z zabezpieczenia wadialnego w sytuacjach wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp.

Z jej treści nie wynika w żaden sposób kto ma pozostawać zobowiązany w stosunku do Zamawiającego. Odpowiednia treść gwarancji wskazuje bowiem, że: „na zlecenie VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., my, ... (Kasa Oszczędności) ... (Oddział), gwarantujemy nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę każdej kwoty do łącznej wysokości („Suma gwarancyjna”). Treść gwarancji – jako jednostronnego zobowiązania gwaranta – musi wskazywać kto pozostaje zobowiązany, tak aby beneficjent mógł skutecznie dochodzić swojego roszczenia. Co więcej, w dokumencie gwarancji określono także, że: *Żądanie zapłaty Beneficjenta zawierające jego oświadczenie, wskazujące okoliczności będące podstawą żądania zapłaty, powinno zostać złożone, wraz z oryginałem niniejszej gwarancji, w siedzibie Oddziału, w...* [...]” jest częścią cytatu]. Brak sprecyzowania miejsca, gdzie żądanie może zostać złożone, uniemożliwia w praktyce wykonalność zabezpieczenia złożonego przez Konsorcjum POL-AQUA.

Nie ma znaczenia późniejsze przedłożenie przez Konsorcjum aneksu nr 1 do tej gwarancji. Istotne jest bowiem to, że *wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą* (por. wyrok SO w Kielcach z 19 grudnia 2008 r., sygn. akt VII Ga 147/08, opubl. *Zamówienia publiczne w*

9

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze, zeszyt nr 4, str. 49). Skoro przez pewien okres oferta nie była zabezpieczona prawidłowym wadium, nie sposób uznać, aby spełniona została przesłanka zabezpieczenia interesu Zamawiającego

Ponadto w treści tej gwarancji zawarto ograniczenie w możliwości dochodzenia przez beneficjenta swoich roszczeń na wypadek zaistnienia przyczyny zatrzymania wadium, gdyż żądanie zapłaty musi być skierowane listem poleconym. Nakazanie beneficjentowi wysłania żądania wraz z oryginałem gwarancji listem poleconym skazuje go na ryzyko przypadkowej utraty zabezpieczenia wadialnego. Według Odwołującego jest wymóg formalny nie

znajdujący żadnego uzasadnienia, ani w przepisach prawa, ani w postanowieniach s.i.w.z., narażający Zamawiającego na nieracjonalne utrudnienia w możliwości uzyskania zaspokojenia jego interesu. Nic nie stoi przecież na przeszkodzie, aby beneficjent (w szczególności jeżeli żądanie miało być dostarczone do innego kraju) dostarczył je w inny sposób, chociażby dla uzyskania pewności, że żądanie to wpłynie w odpowiednim terminie do gwaranta. Taka treść gwarancji wyklucza tymczasem korzystanie z innych środków, jak chociażby własnoręczne doręczenie (siłami własnymi Zamawiającego), czy też za pośrednictwem firm kurierskich, które przekazują przesyłki, a nie listy polecone.

Co najważniejsze – gwarancja jest skonstruowana w ten sposób, że w każdym przypadku gwarant (jeżeli byłaby określony) ma możliwość niewywiązania się z obowiązku dokonania wypłaty. Zgodnie z treścią gwarancji – wraz z żądaniem zapłaty (ma być skierowane w okresie ważności gwarancji) następuje konieczność przesłania jej oryginału. Jednocześnie kolejne postanowienie gwarancji wskazuje, że *niniejsza gwarancja wygasa w całości i automatycznie w przypadku: (...) zwrócenia nam niniejszej gwarancji w terminie jej ważności*. Wygaśnięcie gwarancji oznacza automatycznie wygaśnięcie zobowiązań w niej wskazanych. Tym samym złożenie żądania zapłaty, któremu musi towarzyszyć (być do niego dołączony) oryginał gwarancji – powoduje automatycznie wygaśnięcie zobowiązań wynikających z treści gwarancji i prowadzi do niemożliwości zaspokojenia interesów Zamawiającego. Zwrot dokumentu gwarancji jest przecież jedynie czynnością faktyczną powodującą, że dokument gwarancji jest przekazywany do podmiotu, który go wydał – tak więc w każdym przypadku wysłania żądania następuje faktyczny zwrot dokumentu gwarancji.

Analogiczne zarzuty dotyczą gwarancji przetargowej nr 9340.03.1189682-78 wystawionej przez Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „la Caixa” (Kasa Oszczędności). W jej treści również określono, że wraz z żądaniem zapłaty należy złożyć oryginał gwarancji, a gwarancja wygasa automatycznie i w całości w sytuacji zwrócenia gwarantowi dokumentu gwarancji w okresie ważności gwarancji. Zawiera ona także analogiczne wymaganie przekazania żądania zapłaty listem poleconym.

10

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

Wszystkie powyższe uchybienia powodują, że gwarancje przetargowe przedstawione przez Konsorcjum POL-AQUA nie spełniają kryteriów wymaganych od zobowiązań zabezpieczających prawidłowy tryb postępowania przetargowego. Zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO *prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne* (wyrok z 30 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1779/11). W szczególności automatyczne wygaśnięcie zobowiązania wynikającego z gwarancji z chwilą dostarczenia jej gwarantowi, w sytuacji, gdy do żądania zapłaty musi być dołączony dokument gwarancji, powoduje, że gwarancja przestaje być bezwarunkowa. Zgodnie z wyrokiem SN z 16 kwietnia 1996 r. (sygn. akt II CRN 38/96), bezwarunkowość należy bowiem rozumieć jako brak „ryzyka kontraktowego, nie pozwalająca na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego oraz zapewniająca wypłatę umówionej sumy od razu, bezzwłocznie po wezwaniu przez gwaranta rusa. Gwarancje o treści dołączonej do oferty Konsorcjum POL-AQUA w żaden sposób nie zapewniają wypłaty umówionej sumy od razu, bezzwłocznie po wezwaniu – gdyż wraz z otrzymaniem wezwania obowiązki gwaranta po prostu przestają istnieć (wygasają). Podobnie w tym temacie wypowiedziała się KIO w wyroku z 23 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 1180/10): *Niebudzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej (...). Konieczność oceny prawidłowości złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniu wadium na podstawie dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który korzystnie lub nie dla zamawiającego zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium*. Postanowienia gwarancji nie mogą zatem pozostawiać żadnej swobody interpretacyjnej gwarantowi. Powyższe gwarancje nie spełniają tego wymogu.

Co więcej, gwarancję przetargową nr 9340.03.1189682-78 wystawiła „Kasa Oszczędności”. Według art. 45 ust. 6 pkt 3 i 4 wadium może stanowić gwarancja bankowa lub gwarancja ubezpieczeniowa. W związku z tym nie sposób uznać, że przedmiotowa gwarancja może stanowić wadium w postępowaniu prowadzonym wedle przepisów tej ustawy. W polskim prawie Kasy stanowią tzw. parabanki (np. Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa), gwarancje udzielane przez takie podmioty nie mogą być gwarancjami bankowymi (lub ubezpieczeniowymi). Ustawodawca odróżnił zabezpieczenia składane przez kasy od ubezpieczeń składanych przez banki. Jak jednoznacznie wynika z art. 45 ust. 6 pkt 2 wadium może być wniesione także w *poręczeniach bankowych lub*

11

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym”. Tym samym nie można uznać, że gwarancja przetargowa nr 9340.03.1189682-78 została złożona w jednej z form dopuszczalnych przepisami prawa.

Na koniec należy zwrócić uwagę na okoliczność, że oczywiście dopuszczalne jest złożenie gwarancji częściowych, ale gwarancja, zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., powinna wskazywać termin ważności gwarancji. Natomiast Konsorcjum POL-AQUA dostarczyło 3 gwarancje wadialne z różnymi datami ważności: gwarancja przetargowa nr 1587/16332 z datą 31 grudnia 2011 r., gwarancja przetargowa nr FGW-PLN-ZOKK1-11-000472 z datą 4 stycznia 2012 r., natomiast gwarancja przetargowa nr 9340.03.1189682-78 z datą 31 grudnia 2011 r.).

[naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp]

Od wykonawców wymagane było, aby na dzień składania ofert wykazali oni, że posiadają odpowiednie urządzenia sterowania ruchem kolejowym DSAT, przewidziane do zabudowy w ramach zamówienia. Konsorcjum POL-AQUA, niezgodnie z pkt 15.1 lit. k IDW s.i.w.z., nie złożyło deklaracji odnośnie dysponowania urządzeniami przejazdowymi, jak i urządzeniami samoczynnej sygnalizacji przejazdowej. W wyniku wezwania do uzupełnienia Konsorcjum POL-AQUA przedłożyło oświadczenie w formie wykazu (załącznik nr 12), z którego w żaden sposób nie wynikało, aby oświadczenie to było aktualne na dzień składania ofert. Przeciwnie – podpis złożony był z datą 19 stycznia 2012 r., a więc należy uznać, że oświadczenie to było aktualne dokładnie na ten dzień. Nie wskazano bowiem w żaden sposób, aby wykaz był aktualny na inny dzień. Taka interpretacja przepisów jednoznacznie wynika z orzecznictwa KIO. I tak w wyroku z 10 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 858/11) wskazano, że „Wykonawca może w uzupełnieniu przedkładać dokumenty wystawione, czy też poświadczone po dacie składania wniosków, istotne jest jednak, by z dokumentów tych wynikało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu na datę składania wniosków. Inna interpretacja art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powodowałaby, iż przepis ten traciłby praktyczne znaczenie. Podobnie w orzeczeniu z 23 lutego 2011 r., (sygn. akt KIO 293/11) stwierdzono, że z dokumentów ma w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu. Z kolei w orzeczeniu KIO z 10 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2369/10): *W przypadku kiedy Wykonawca uzupełnia oświadczenia lub/i dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy musi zadbać, aby potwierdzały one spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert/wniosków.*

[naruszenie art. 26 ust. 4 pzp. w zw. z art. 26 ust. 3 pzp]

Ponieważ instytucja wyjaśnień (art. 26 ust. 4 pzp) nie może służyć uzupełnianiu treści oferty, a Zamawiający wzywał już Konsorcjum POL-AQUA do uzupełnienia dokumentów (a

12

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

więc wypełnił dyspozycję art. 26 ust. 3 pzp – jednokrotności wezwania), takie wyjaśnienie, jakiego zażądał Zamawiający, oznacza faktycznie uzupełnienie dokumentu. Wynika to jednoznacznie z orzecznictwa KIO: *Art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych służy wyłącznie do wyjaśniania niejasnych czy sprzecznych informacji zawartych w przedłożonych dokumentach/oświadczeniach, nie może być natomiast wykorzystywany do uzupełniania złożonych dokumentów/oświadczeń o informacje, które nie*

były w nich zawarte, a które są niezbędne dla wykazania spełnienia warunku. Dopuszczenie możliwości wyjaśnienia uzupełnionego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, dokumentu który nie potwierdza spełniania postawionego warunku, w sposób zmierzający do sanowania występujących w nim niedoskonałości, tak by potwierdził spełnienie warunku, może być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców, zmierzające do zastąpienia wykonawcy w realizacji obowiązku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wyrok KIO z 12 kwietnia 2011r., sygn. akt KIO 677/11). W analogicznym stanie rzeczy zapadł wyrok z 8 maja 2009 r. (sygn. akt KIO 541/09): *W ocenie Izby przedmiotowe zaświadczenie potwierdza, iż Sebastian S. jest członkiem Izby na dzień 21 stycznia 2009 r., jednak z jego treści absolutnie nie wynika, iż potwierdza ono stan, jaki istniał na dzień składania wniosków. Dokument ten nie potwierdza bowiem, iż Sebastian S. był członkiem Izby w dniu 5 stycznia 2009 r., a więc w dniu, w którym upływa termin składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale stan po upływie terminu na składanie wniosków. Powyższe oznacza, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, iż Zamawiający powinien był go wezwać do złożenia wyjaśnień odnośnie uzupełnionego dokumentu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż w istocie – jak słusznie podniósł Zamawiający na rozprawie – doszłoby w tym zakresie do złożenia oświadczenia lub nowego dokumentu, a zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwala wyłącznie na jednokrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia brakującego dokumentu. Oznacza to, iż w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień Konsorcjum POL-AQUA złożyło nowe oświadczenie, a więc mamy do czynienia z drugim przypadkiem uzupełnienia w tym zakresie dokumentacji.*

[naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp]

Wobec złożenia oferty niezgodnej z postanowieniami s.i.w.z. konieczne jest odrzucenie oferty Konsorcjum POL-AQUA, czego Zamawiający nie uczynił.

[naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp]

Skoro Konsorcjum POL-AQUA powinno było być wykluczone z udziału w postępowaniu to jego oferta powinna była być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

13

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

[naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp w powiązaniu z art. 26 ust. 3 i 4 pzp]

Opisane powyżej działania i zaniechania Zamawiającego naruszają ponadto art. 7 ust. 1 i 3 pzp prowadząc do niezgodnego z ustawą uprzywilejowania Konsorcjum POL-AQUA. Nieuzasadnione, w sposób rażąco krzywdzący dla innych wykonawców, było wzywianie Konsorcjum POL-AQUA do wyjaśnienia treści oświadczenia (załącznika nr 12), złożonego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Oświadczenie w swojej treści było jednoznacznie aktualne na dzień 19 stycznia 2012 r., a tym samym wzywianie do wyjaśnień w tym zakresie wskazuje na działanie Zamawiającego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, w szczególności imperatywu równego traktowania wykonawców. Zgodnie z wyrokiem KIO z 26 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1726/10: *Dostrzec trzeba jednak w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji. Za niedopuszczalne należałoby zatem uznać takie działanie Zamawiającego, które będzie zmierzało do usunięcia braków oferty, czy też wątpliwości pojawiających się na jej de za wykonawcę – Zamawiający nie może bowiem podejmować czynności za wykonawcę, celem wykazania, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji Zamawiający stanie się bowiem rzecznikiem jednego z uczestników postępowania, zaś takie działanie może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.*

15 marca 2012 r. (pismem z 15 marca 2012 r.) do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie Konsorcjum PKP Energetyka, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Ponieważ zgodnie z art. 85 ust. 5 pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co w niniejszym przypadku nastąpiło 29 września

2011 r., był to jednocześnie pierwszy dzień związania ofertą. Z uwagi na fakt, że Zamawiający wyznaczył 90-dniowy termin związania ofertą, ostatnim dniem związania ofertą był 27 grudnia 2011 r. Przyjęcie odmiennego założenia (tj. wynikającego art. 111 § 2 kc *jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło*) oznaczałoby, iż albo początek obowiązywania gwarancji przypadałby na 30 września 2011 r., a to oznaczałoby, że oferta w dniu składania nie byłaby zabezpieczona, albo, że termin związania ofertą wynosiłby nie 90, a 91 dni.

Fakt, że w tekście gwarancji znalazło się sformułowanie „Żądanie zapłaty Beneficjenta zawierające jego oświadczenie, wskazujące okoliczności będące podstawą

14

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

żądanía zapłaty, powinno zostać złożone, wraz z oryginałem niniejszej gwarancji, w siedzibie Oddziału w...”, co rzekomo zdaniem Odwołującego czyni „iluzorycznym dochodzenie swoich należności przez Zamawiającego” jest zarówno z zapisami gwarancji (w nagłówku gwarancji widnieje logo banku z jego nazwą i adresem, nad podpisami osób również znajduje się adnotacja „Banco Popular Espanol SA”) jak również z zapisami aneksu do niniejszej gwarancji bezzasadne. [dokładny cytat] Zgodnie z zapisami gwarancji została ona wystawiona przez BANCO POPULAR Alcala 26, 28014 Madrid, Hiszpania, i tam też zwróciłby się Zamawiający o ewentualną wypłatę. Fakt, iż gwarancja została wystawiona przez ten bank potwierdza również w Aneks nr 1 do gwarancji przetargowej nr 1587/16332, który został złożony Zamawiającemu przez Konsorcjum POL-AQUA 23 grudnia 2011 r. Z treści tego aneksu ewidentnie wynika, iż została wystawiona przez Banco Popular Espanol SA OAlcala, 26, 28014 Madrid (Spain) gwarancja przetargowa nr 1587/16332 zabezpieczająca wypłatę wadium w wysokości 1.587.500,00 zł Zamawiający nie podziela zdania Odwołującego, iż złożona gwarancja jest wadliwa, nie miał więc podstaw do wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA z postępowania.

Z uwagi na fakt, iż Odwołujący przestał być od 28 grudnia 2011 r. związany ofertą, nie jest już uczestnikiem postępowania.

19 marca 2012 r. (pismem z 16 marca 2012 r.) do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła z kolei odpowiedź na odwołanie Konsorcjum PRK, w której Zamawiający również wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający powtórzył powyżej przywołaną i przytoczoną argumentację dotyczącą gwarancji przetargowej nr 1587/16332. Zamawiający poinformował także, że z uwagi na fakt konieczności dostarczenia ewentualne żądanie zapłaty do Madrytu w Hiszpanii, z całą pewnością nie próbowałby dostarczyć go własnoręcznie. Jeżeli żądanie zapłaty zostałoby skierowane np. pocztą kurierską, z całą pewnością nie stanowiłoby to podstawy do niewypłacenia świadczenia z gwarancji. Podobnie nie można rozpatrywać możliwości utraty wadium przez przyrząd wysłania żądania listem poleconym, gdyż prawdopodobieństwo zagubienia takiej przesyłki jest dokładnie takie samo, jak w przypadku wysłania jej poprzez firmę kurierską. Ponadto według treści gwarancji żądanie zapłaty ma zostać przesłane wystawcy gwarancji za pośrednictwem banku beneficjenta, i to tak na dobrą sprawę na nim spoczywa odpowiedzialność za prawidłowe dostarczenie żądania zapłaty. Skoro Zamawiający zwróci się do wystawcy z żądaniem zapłaty, do którego dołączy oryginał gwarancji, to nie wiadomo na jakiej podstawie wystawca gwarancji może uznać, że zaszyły przesłanki do uznania, że w wyniku zwrócenia gwarancji został zwolniony przez beneficjenta z odpowiedzialności.

15

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

Zamawiający poinformował, że zgodnie ze złożonym przez Konsorcjum POL-AQUA 22 grudnia 2011 r. Aneksem nr 2 do gwarancji przetargowej nr 9340.03.1189682-78, zobowiązania Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „la Caixa” przejął następca prawny CaixaBank S.A. W chwili oceny ofert Zamawiający nie miał podstaw, aby stwierdzić zasadność odrzucenia oferty Konsorcjum POL-AQUA z uwagi na złożenie wadliwej

gwarancji, gdyż jej zapisy wraz z aneksami nie dawały podstaw do stwierdzenia, że w przypadku ewentualnej konieczności wystąpienia z żądaniem zapłaty z gwarancji, roszczenia Zamawiającego mogą nie zostać zaspokojone.

Fakt, iż Konsorcjum POL-AQUA złożyło 3 gwarancje wadialne z różnymi datami ważności nie ma dla sprawy najmniejszego znaczenia ponieważ każda z tych gwarancji była ważna dłużej niż termin związania ofertą, który upływał 27 grudnia 2011 r.

Z postanowień s.i.w.z., w tym załącznika nr 12 do s.i.w.z., nie wynika, że wykonawcy w załączniku tym mają wskazać sprzęt, który posiadają. Wykonawcy mieli jedynie złożyć deklarację jaki sprzęt zamierzają zastosować przy realizacji zamówienia. Z kolei instytucja wyjaśniania oferty ma służyć temu, aby uchybienia oferty nie powodowały jej automatycznego odrzucenia. Z treści dokumentu (załącznika 12) przedłożonego przez Konsorcjum POL-AQUA w uzupełnieniu ewidentnie wynika, iż każdy zaproponowany sprzęt uzyskał dopuszczenie (data wydania świadectwa) przed terminem składania ofert.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 12 marca 2012 r. pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia (wraz z przekazaniem kopii odwołań) – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły następujące zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- Konsorcjum POL-AQUA – 15 marca 2012 r., zarówno w sprawie o sygn. akt KIO 467/12, jak i w sprawie o sygn. akt KIO 483/12 – wnosząc o oddalenie obydwu odwołań;
- Konsorcjum PRK – 15 marca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 467/12 – wnosząc o oddalenie odwołania Konsorcjum PKP Energetyka.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony którejkolwiek ze spraw oraz zgłoszenia wszystkich przystąpień do postępowania odwoławczego w danej sprawie w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia powyżej wymienionych Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako Przystępujących, zgodnie ze zgłoszeniem.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały

16

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

uiszczone przez każdego z Odwoływających – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i wobec braku odmiennych wniosków stron w tym zakresie – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby obydwaj Odwołujący mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż każdy z nich złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie podjęte przez Zamawiającego lub zaniechane czynności objęte zarzutami poszczególnych odwołań, narażają każdego z Odwoływających na szkodę z powodu utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Izba uznała za bezprzedmiotowe twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący Konsorcjum PKP Energetyka nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż na dzień wniesienia odwołania nie był już uczestnikiem postępowania z uwagi na brak związania

ofertą od 28 grudnia 2011 r. W ocenie Izby stanowisko takie stanowisko prowadziłyby w praktyce do faktycznej niezaskarżalności wykluczenia z postępowania dokonanego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z powodu braku wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużony termin związania ofertą. Każdorazowo bowiem ta sama okoliczność stanowiłaby jednocześnie podstawę wykluczenia z postępowania i niedopuszczalności wniesienia odwołania od tej czynności. Dostrzegając ten paradoks, podobny pogląd w analogicznej sytuacji wyraził Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu postanowienia z 16 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt VI Ga 192/10.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych

17

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. , oferty złożonej przez Konsorcjum POL-AQUA, gwarancji bankowych wraz z aneksami złożonych przez tego Wykonawcę, gwarancji ubezpieczeniowej wraz z aneksem złożonych przez Konsorcjum PKP Energetyka, pism Zamawiającego kierowanych do uczestników postępowania odwoławczego i pism przesłanych przez nich w odpowiedzi, a także innych pism i dokumentów, jeżeli tylko zostały omówione lub wspomniane w treści niniejszego uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępujących złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Izba wzięła również pod uwagę pisma i dokumenty złożone w toku rozprawy, które zostały omówione poniżej, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie Konsorcjum PKP Energetyka zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie Konsorcjum PRK podlega oddaleniu.

I. Zarzut z odwołania Konsorcjum PKP Energetyka dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania – Izba uznała za zasadny.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Co prawda, tak jak twierdził Zamawiający, ustalony przez niego w s.i.w.z. na mocy art. 85 ust. 1 pkt 2 pzp 90-dniowy termin związania ofertą upłynął 27 grudnia 2011 r. – skład orzekający Izby podziela w tym zakresie dotychczas wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, iż z mocy art. 85 ust. 5 pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się z uwzględnieniem dnia upływu terminu składania ofert, który w niniejszej sprawie przypadał 29 września 2011 r. Niesporne jest, że Zamawiający 14 grudnia 2011 r., korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 pzp, zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie wyznaczonego pierwotnie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Bezsprorna jest także okoliczność, że datowane na 27 grudnia 2011 r. oświadczenie Odwołującego Konsorcjum PKP Energetyka o wyrażeniu takiej zgody wpłynęło do Zamawiającego 28 grudnia 2011 r. Z kolei gwarancja wadium złożona wraz z ofertą

18

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

przez Konsorcjum PKP Energetyka obowiązywała do 28 grudnia 2011 r. włącznie. Natomiast do oświadczenia o zgodzie załączono aneks wydłużający jej ważność do 27 lutego 2012 r. Wreszcie 24 lutego 2012 r. Odwołujący samodzielnie przedłużył termin związania ofertą oraz załączył drugi aneks wydłużający ważność gwarancji do 28 marca 2012 r.

W ocenie Izby w tych okolicznościach Zamawiający nie miał podstaw by rozstrzygając

prorowadzone postępowanie 2 marca 2012 r. wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp. Wykonawca wniósł wadium, także na przedłużany dwukrotnie okres związania ofertą, przy czym nie doszło do przerwania ciągłości zabezpieczenia wadialnego. Nie zaszła również przesłanka sprecyzowana w art. 24 ust. 2 pkt 2 *in fine* jako brak zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Odwołujący wyraził bowiem zgodę na przedłużony, na mocy wezwania Zamawiającego z 14 grudnia 2011 r., okres związania ofertą. Przesłanek wykluczenia jako eliminujących z postępowania wykonawców ubiegających się w nim o udzielenie zamówienia publicznego, nie można interpretować rozszerzająco. Stanowisko Zamawiającego, iż *uznaje się że Wykonawca przestał być związany ofertą... i nie jest dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie* nie mieści się w ocenie Izby w dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp. Ani z tego przepisu, ani z art. 85 ust. 2 pzp nie wynika w jakim terminie wykonawca ma obowiązek wyrazić zgodę, zastrzeżono jedynie, że zamawiający ma zwrócić się o nią co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą. Terminu tego nie określił również Zamawiający w skierowanym 14 grudnia 2011 r. wezwaniu. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nawet po upływie terminu związania ofertą, wobec braku w art. 89 ust. 1 pzp przesłanki pozwalającej na odrzucenie oferty z tego powodu, nie ma podstaw do nierozpatrywania takiej oferty. Jednocześnie *de lege lata* żaden z przepisów ustawy pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest. Nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej ustawodawca zrezygnował z wyznaczania maksymalnego terminu, w jakim może zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dopuszczono zatem możliwość zawarcia umowy z wykonawcą, którego złożona oferta już nie wiąże, choć odmiennie niż według regulacji kodeksu cywilnego, wybór oferty przez zamawiającego nie oznacza zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby w niniejszej sprawie Zamawiający nieprawidłowo stwierdził, że Konsorcjum PKP Energetyka przestało być związane złożoną przez siebie ofertą. Z jednej strony, niezależnie od błędnego stanowiska Odwołującego co do początku biegu terminu związania ofertą wyznaczonego w s.i.w.z., mógł on uznawać się za związanego złożoną ofertą przez okres dłuższy, niż wymagany przez Zamawiającego, to jest przez 91 dni. Świadczy o tym nie tylko stanowisko prezentowane w odwołaniu, ale przede wszystkim fakt, że właśnie na taki okres związania ofertą wniósł wadium w formie gwarancji

19

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

ubezpieczeniowej. Z drugiej strony, oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużony termin związania ofertą zostało podpisane 27 grudnia 2011 r., a więc przed upływem 90-dniowego terminu związania ofertą wyznaczonego przez Zamawiającego. W ocenie Izby przewidziana w art. 85 ust. 2 pzp możliwość inicjowania przez zamawiającego przedłużenia terminu związania ofertą ma zbliżony charakter do wyznaczenia pierwotnego terminu związania ofertą. W obu przypadkach, odmiennie niż według reguł kodeksu cywilnego, to nie składający ofertę wykonawca określa jak długo będzie oczekiwał na odpowiedź o jej przyjęciu, lecz będący oblatem zamawiający. Zatem z chwilą wyznaczenia przez zamawiającego okresu na jaki ma być przedłużony okres związania ofertą, jest on wiążący dla wykonawców, którzy mają jednak prawo niewyrażenia zgody na takie przedłużenie. W niniejszej sprawie Odwołujący zaakceptował wydłużenie terminu związania ofertą o wyznaczone przez Zamawiającego 60 dni, a także zapewnił ciągłość zabezpieczenia wadialnego przez ten okres. Następnie przed upływem tego okresu Odwołujący samoistnie przedłużył okres związania ofertą na dalszy okres, będąc związanym ofertą w czasie gdy Zamawiający dokonywał badania i oceny ofert.

II. Zarzuty odwołania Konsorcjum PKP Energetyka i odwołania Konsorcjum PRK dotyczące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POL-AQUA – Izba uznała za niezasadne.

W obu odwołaniach podniesiono łącznie kilka zarzutów dotyczących szeregu nieprawidłowości wadium wniesionego przez Konsorcjum POL-AQUA, które miałyby powodować konieczność wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania. Izba ustaliła na wstępie, że zarzuty podniesione w odwołaniu Konsorcjum PKP Energetyka w pełni zawierają się w szerszym spektrum zarzutów wynikających z odwołania Konsorcjum PRK. Część sprecyzowanych zarzutów odnosi się zarówno do gwarancji przetargowej nr 1587/16332 z

24 sierpnia 2011 r., jak i gwarancji przetargowej nr 9340.03.1189682-78 z 23 sierpnia 2011 r., oprócz tego podniesiono odrębne zarzuty w stosunku do każdej z tych gwarancji. Izba ustaliła nadto, że nie biorąc pod uwagę opisu sposobu złożenia dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, co nie jest objęte zarzutami odwołania, IDW zawiera w pkt. 11 Wadium dwa zasadnicze postanowienia dotyczące wadium w formie gwarancji. W pkt. 11.5 Zamawiający zastrzegł, że w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji, ma być ona co najmniej bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze jego żądanie. Natomiast w pkt. 11.6 określono, że gwarancje i poręczenia, oprócz elementów właściwych dla każdej formy, określonych przepisami prawa, muszą zawierać: nazwę i adres Zamawiającego, oznaczenie (numer i nazwę) postępowania, a także termin ważności wadium odpowiadający terminowi związania ofertą.

20

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

W stosunku do obydwu wymienionych powyżej gwarancji postawiono, po pierwsze – zarzut nieuprawnionego zastrzeżenia wysłania żądania zapłaty listem poleconym. Jak wiadomo przepisy pzp, w tym art. 46 ust. 4a i 5, nie regulują w ogóle takich szczegółowych aspektów wadium w formie gwarancji. Również w postanowieniach s.i.w.z. Zamawiający nie sprecyzował żadnych szczególnych wymagań co do sposobu przedstawienia żądania zapłaty z tytułu gwarancji wadium. Pozostaje zatem kwestia, czy doręczenie żądania zapłaty listem poleconym jest niezgodne z wymaganiami określonymi przez przepisy prawa dla tej formy zabezpieczenia wadium. Oczywiście ciężar dowodu, z mocy art. 190 ust. 1 pzp, spoczywał w tym zakresie na Odwołującym Konsorcjum PRK, który taki zarzut podniósł. Izba zważyła, że nie przedstawiono w tym zakresie żadnych dowodów, a jedynie pewne tezy: po pierwsze, o nieracjonalności takiego zastrzeżenia, po drugie, o wyższości przesyłek kurierskich nad listami poleconymi. Jest oczywiste, że w ten sposób sprecyzowane zarzuty stanowią wyraz negatywnej oceny określonej w treści obu gwarancji formy przekazania żądania zapłaty. W żaden jednak sposób nie wskazują na jakąkolwiek wadliwość tych gwarancji bankowych z punktu widzenia przepisów prawa, których zresztą nie wskazano. Z tego względu nie ma znaczenia, że w ocenie Izby, wbrew stanowisku Zamawiającego, trudno uznać przesyłki kurierskie za mieszczące się w kategorii listu poleconego. Również wyjaśnienie zawarte w złożonym na rozprawie przez Przystępującego Konsorcjum POL-AQUA piśmie z 15 marca 2012 r. CaixaBank S.A. (Spółka Akcyjna) Oddział w Polsce (pkt III pisma), że sposób przekazania żądania zapłaty listem poleconym należy rozumieć *jako wymóg przekazania gwarantowi żądania zapłaty w formie pisemnej (w oryginale), dla celów weryfikacji takiego żądania zapłaty jako zgodnego z treścią gwarancji* – niewiele ma wspólnego z treścią gwarancji. „List polecony” nie jest co prawda terminem prawnym, ma jednak w praktyce wystarczająco sprecyzowane znaczenie – jest to potoczne określenie pocztowej przesyłki listowej rejestrowanej, tzn. takiej, której przyjęcie pracownik poczty potwierdza nadawcy, wydając mu specjalne pokwitowanie, a adresat po doręczeniu kwituje odbiór. Przede wszystkim jest to termin odnoszący się do sposobu przekazania przesyłki, a nie do jej zawartości, zatem nie ma nic wspólnego formą pisemną oświadczenia woli, które miałyby się w takiej przesyłce znaleźć.

Większy ciężar gatunkowy wydaje się mieć drugi ze sprecyzowanych przeciwko obydwu gwarancjom zarzutów – możliwość uchylenia się gwaranta od wypłaty, pomimo otrzymania zgodnego z treścią gwarancji żądania zapłaty. Izba ustaliła, że gwarancje te wymagają od beneficjenta przedstawienia żądania zapłaty, zawierającego jego oświadczenie wskazujące okoliczności będące podstawą skierowania żądania, wraz z oryginałem gwarancji. Jednocześnie każda z tych gwarancji wygasa w całości i automatycznie między innymi w przypadku zwrotu w terminie jej ważności gwarantowi dokumentu gwarancji.

21

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

Zdaniem Odwołującego każdorazowo w przypadku otrzymania oryginału gwarancji w terminie jej ważności, gwarant może stwierdzić jej wygaśnięcie, nie wyłączając sytuacji, gdy dokument ten zostanie przekazany jako załącznik wystosowanego przez beneficjenta żądania zapłaty. Izba nie podziela tej oceny, sprowadzającej się do przyjęcia

paradoksalnego założenia, że treść gwarancji została sformułowana w taki sposób, by nigdy nie doszło do wypłaty świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta. Niezależnie bowiem od prawidłowo sprecyzowanych okoliczności uzasadniających wystosowanie żądania zapłaty, przez załączenie oryginału gwarancji beneficjent miałby niejako wpadać w pułapkę zastawioną przez gwaranta, który uzna to za okoliczność uzasadniającą stwierdzenie wygaśnięcia gwarancji. Jest to zupełnie hipotetyczne antycypowanie działania gwaranta w złej wierze w sposób niezgodny z treścią gwarancji. Nie sposób bowiem utożsamiać żądania zapłaty, to jest oświadczenia woli beneficjenta skorzystania z zabezpieczenia ustanowionego na mocy gwarancji, do którego dodatkowo załączono oryginał gwarancji – z samoistnym zwrotem tego dokumentu. W ocenie Izby nie zachodzi również niebezpieczeństwo omyłki, gdyż żądanie zapłaty ma być skierowane listem poleconym za pośrednictwem banku beneficjenta, który odpowiada za potwierdzenie, że zostało podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji Zamawiającego. Natomiast dla zwrotu dokumentu gwarancji nie zastrzeżono żadnych szczególnych wymagań formalnych co do sposobu jego przekazania. W złożonym na rozprawie przez Przystępującego Konsorcjum POL-AQUA piśmie z 15 marca 2012 r. CaixaBank S.A. (Spółka Akcyjna) Oddział w Polsce wyjaśnił (pkt III pisma), że zwrot gwarancji przez beneficjenta dokumentu gwarancji jest traktowany jako zrzeczenie się przez niego roszczeń z niej wynikających, co nie dotyczy przypadku, gdy gwarancja jest przedkładana gwarantowi łącznie i w związku ze zgłoszeniem żądania zapłaty na podstawie gwarancji. W ocenie Izby wyjaśnienie to odpowiada treści gwarancji i nie stanowi jej nadinterpretacji.

Obydwaj Odwołujący podnieśli zarzut, że nie wiadomo kto jest gwarantem zobowiązanym z tytułu gwarancji przetargowej nr 1587/16332 z 24 sierpnia 2011 r., a w konsekwencji nie wiadomo również gdzie należałoby skierować ewentualne żądanie zapłaty. O ile są to zarzuty w sposób bezpośredni dotyczące istoty gwarancji, o tyle są one oparte na wybiórczo lub błędnie podanych okolicznościach faktycznych. Prawdą jest, że w kluczowym zdaniu drugiego akapitu, rozpoczynającym się od wskazania jako zleceńodawcy jednego z hiszpańskich partnerów Konsorcjum POL-AQUA, bezpośrednio po zaimku osobowym „my”, należałoby się spodziewać precyzyjnego określenia podmiotu, który oświadcza, że gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę każdej kwoty na pierwsze pisemne żądanie beneficjenta. Zamiast tego zamieszczono enigmatyczny ciąg znaków i słów: „... (Kasa Oszczędności) ... (Oddział)”. Równie enigmatycznie brzmi zakończenie pierwszego

22

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

zdania dotyczącego sposobu wystosowania żądania zapłaty, gdzie bezpośrednio po wskazaniu, że powinno ono zostać złożone, wraz z oryginałem gwarancji – miejsce złożenia sprecyzowano w następujący sposób: „w siedzibie Oddziału, w ...”. Ów tajemniczy „Oddział” występuje jeszcze jako podmiot, bez którego zgody uprawnienia z gwarancji nie mogą zostać przeniesione na inną osobę, a wreszcie jako podmiot, w którego imieniu złożono podpisy na dokumencie gwarancji. Gdyby treść gwarancji przetargowej nr 1587/16332 sprowadzała się do takich enigmatycznych sformułowań, rzeczywiście nie sposób byłoby stwierdzić, kto jest gwarantem, ani gdzie należy przedstawić sformalizowane żądanie zapłaty, czy uzyskać zgodę na przeniesienie przysługujących z jej tytułu praw. Co istotniejsze, ponieważ sprecyzowanie gwaranta niewątpliwie jest koniecznym elementem gwarancji, która według art. 81 Prawa bankowego jest jednostronnym zobowiązaniem banku-gwaranta – brak możliwości ustalenia, kto nim jest, podważałby skuteczność zaciągniętego zobowiązania, a w konsekwencji prawidłowość wniesionego wadium. Wszak z treści gwarancji wprost wynika, że wszelkie prawa i obowiązki z niej wynikające podlegają prawu polskiemu.

Odwołujący pominęli jednak lub z góry nakazali przyjąć założenie, że jest to nieistotne: zamieszczenie w nagłówku dokumentu gwarancji logotypu, z którego odczytać można nazwę banku: „Banco Popular”, a pod nim adresu strony internetowej (www.grupobancopopular.es), a także dokładnego adresu pocztowego w Hiszpanii: „C/ Alcalá, 26, 28014 Madrid (Spain)”. Wreszcie określenie personaliów i stanowiska każdej z dwóch osób, które złożyły podpis, poprzedzone jest podaniem pełnej firmy tego hiszpańskiego banku: „Banco Popular Español SA”. Wbrew twierdzeniom odwołania Konsorcjum PKP Energetyka, nie są to pieczętki, lecz wydrukowany opis. Przede wszystkim

nieuzasadnione jest stanowisko tego Odwołującego, że wskazanie w czyim imieniu zostały złożone podpisy na dokumencie gwarancji należy uznać za nieistotne. Wręcz przeciwnie, ma to kluczowe znaczenie, gdyż w sposób jednoznaczny identyfikuje jako bank-gwaranta zobowiązanego z tytułu tej gwarancji hiszpański bank działający pod firmą Banco Popular Español S.A. Z kolei pozostałe informacje, również bez znaczenia zdaniem Odwołujących, pozwalają jednoznacznie ustalić, że ma on siedzibę w Madrycie pod wskazanym adresem. W rezultacie znaczenie powyżej opisanych wad, które stały się podstawą dla zarzutów odwołań, należy sprowadzić do rangi usterek w zredagowaniu tekstu, oczywistej niestaranności w sformułowaniu treści gwarancji, pozostających jednak bez wpływu na ważność zaciągniętego zobowiązania. W tym sensie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że przez „Oddział” należy rozumieć wymieniony w gwarancji bank w Madrycie, a żądanie zapłaty kierować na jego adres, również wprost wskazany w gwarancji. W ocenie Izby można to było ustalić już w oparciu pierwotnie przedłożony dokument

23

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

gwarancji, a później złożony aneks nie tyle wprowadził zmiany do treści gwarancji w tym zakresie, lecz po prostu został staranniej zredagowany. Również złożone na rozprawie przez Przystępującego Konsorcjum POL-AQUA oświadczenie Banco Popular Español z 20 marca 2012 r., podpisane w taki sam sposób jak gwarancja, Izba uznała jedynie za dodatkowe potwierdzenie tego, co ustalono powyżej. Na marginesie Izba zauważa, że porównanie tej gwarancji z wystawioną o jeden dzień wcześniej drugą „hiszpańską” gwarancją, zdaje się zdradzać źródło pochodzenia opisanych powyżej niedociągnięć, w szczególności notorycznego użycia słowa „Oddział”. Najwyraźniej treść drugiej gwarancji powstała na bazie treści wcześniejszej chronologicznie gwarancji, która rzeczywiście została wystawiona przez podmiot, który w swojej firmie zawiera zarówno element: „(Kasa Oszczędności)”, jak i „Oddział”.

Z kolei firma gwaranta zobowiązanego z tytułu gwarancji przetargowej nr 9340.03.1189682-78 z 23 sierpnia 2011 r.: Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „La Caixa” (Kasa Oszczędności) Oddział w Polsce, stała się podstawą do sformułowania przez Odwołującego Konsorcjum PRK zarzutu, że podmiot ten nie był uprawniony do tego rodzaju czynności bankowej. Z odwołania wynika wręcz, że zdaniem Odwołującego jest to instytucja sektora tzw. parabankowego, zbliżona w swoim charakterze do spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, które według art. 45 ust. 5 pkt 2 pzp mogą tytułem wadium zobowiązać się jedynie do poręczenia pieniężnego. Przebieg rozprawy ujawnił, że poza zbieżnością słowa „kasa” w nazwach obu tych instytucji, Odwołujący nie już żadnych innych argumentów, nie mówiąc już o dowodach, na poparcie swojego, *prima facie* poważnego zarzutu. Odwołujący nie zadał sobie trudu zapoznania się ani z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jednolity Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665, z późn. zm.), ani z dostępnymi dla nieograniczonego kręgu odbiorców informacjami na temat kwestionowanej przez siebie instytucji finansowej na stronie internetowej Komisji Nadzoru Finansowego (www.knf.gov.pl). Tymczasem zgodnie z art. 1 ustawa ta określa między innymi zasady prowadzenia działalności bankowej, tworzenia i organizacji banków, oddziałów i przedstawicielstw banków zagranicznych, a także oddziałów instytucji kredytowych. Już z tego przepisu wynika zatem, że w aktualnym stanie prawnym do działalności bankowej mogą być uprawnione nie tylko banki, lecz również inne podmioty wskazane w Prawie bankowym, co w żaden sposób nie oznacza zbliżenia ich charakteru prawnego do spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, których działalność jest uregulowana w odrębnej ustawie. W rozdziale 2a Prawa bankowego uregulowano między innymi podejmowanie i prowadzenie działalności przez instytucje kredytowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 48i. instytucja kredytowa może prowadzić działalność poprzez oddział lub w ramach działalności transgranicznej. Natomiast z art. 48j

24

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

wynika, że instytucja kredytowa może wykonywać na czynności określone w art. 5 ust. 1 i 2 oraz art. 6 ust. 1 pkt 1-4 i 6-8 w zakresie wynikającym z zezwolenia udzielonego przez

właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego. Udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych jest jedną z czynności bankowych wymienionych w pkt. 4 ust. 1 art. 5. Z kolei w udostępnionym na stronie internetowej KNF rejestrze (według stanu na 19 grudnia 2011 r.) pn *Notyfikacje firm inwestycyjnych (instytucji kredytowych) z Unii Europejskiej*, w poz. 5 można wyczytać, że: 9 stycznia 2007 wpłynęła do KNF od Banco de España (jako organ nadzoru) notyfikacja o zamiarze otwarcia na terenie Polski oddziału przez instytucję kredytową o nazwie Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „la Caixa” z siedzibą w Barcelonie w Hiszpanii, między innymi w celu prowadzenia działalności bankowej w zakresie gwarancji i zobowiązań; Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „la Caixa” (Kasa Oszczędności) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie przy ul. Prostej 51 został wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego 5 czerwca 2007 r.; 8 września 2011 r. nastąpiła zmiana dotychczasowej nazwy instytucji kredytowej na CaixaBank S.A. Oprócz tego CaixaBank SA (Spółka Akcyjna) Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie został odnotowany jako podmiot sektora bankowego w poz. 7 odrębnie prowadzonej listy oddziałów instytucji kredytowych działających w Polsce, ze wskazaniem specjalnego numeru niezbędnego do uczestnictwa w rozliczeniach bankowych. Wreszcie w *Zestawieniu notyfikacji dotyczących działalności instytucji kredytowych na terytorium RP poprzez oddział* w poz. 18 znajduje się następujący wpis: *Caixa Bank S.A. (d. CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA („la Caixa”)) (Hiszpania)*.

Choć dla stwierdzenia powyższego stanu rzeczy zbędne były dokumenty przedłożone na rozprawie przez Przystępującego Konsorcjum POL-AQUA, to dodatkowo potwierdzają one całkowitą bezzasadność powierzchownego i nieudowodnionego zarzutu odwołania Konsorcjum PRK. Po pierwsze, jest to kopia pisma z 17 maja 2007 r. wystosowanego do Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „la Caixa” przez Generalny Inspektorat Nadzoru Bankowego (GINB), organ wykonawczy Komisji Nadzoru Bankowego [aktualnie, od 1 stycznia 2008 r. nadzór bankowy jest sprawowany przez Komisję Nadzoru Finansowego], w związku z powyżej opisaną notyfikacją. Polski organ nadzoru zastrzegł jedynie, że Oddział Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona („la Caixa”) powinien powiadomić o dokładnej dacie rozpoczęcia działalności na terytorium RP oraz przekazać, niezwłocznie po zarejestrowaniu, odpis z KRS, jako potwierdzenie wypełnienia obowiązku zarejestrowania oddziału w rejestrze przedsiębiorców. W treści tego pisma organ nadzoru bankowego poinformował także między innymi o możliwości przystąpienia Oddziału Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona („la Caixa”) do Związku Banków Polskich, będącego dobrowolną i samorządną organizacją banków. Po drugie, jest to kopia postanowienia wydanego 31

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

sierpnia 2011 r. przez właściwy sąd rejestrowy, między innymi w sprawie wykreślenia dla podmiotu zarejestrowanego pod nr KRS: 0000282374 nazwy Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „la Caixa” (Kasa Oszczędności) Oddział w Polsce i wpisania w jej miejsce nazwy CaixBank S.A. (Spółka Akcyjna) Oddział w Polsce, a także dokonania odpowiedniej zmiany firmy przedsiębiorcy zagranicznego i jego danych rejestrowych. Dodatkowo przedstawiono oświadczenie z 15 marca 2012 r. CaixBank S.A. (Spółka Akcyjna) Oddział w Polsce, w którego pkt. II wskazano, że Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „la Caixa” (Kasa Oszczędności) Oddział w Polsce, zarówno w dacie wystawienia gwarancji, jak i aneksu nr 1, był oddziałem instytucji kredytowej w rozumieniu Prawa bankowego, który zgodnie z przepisami art. 48i – 48j tej ustawy oraz zgodnie z zezwoleniem udzielonym przez właściwy organ nadzoru bankowego w Hiszpanii, był uprawniony do dokonywania czynności bankowych określonych w art. 5 Prawa bankowego, w tym do udzielania gwarancji bankowych, co zostało potwierdzone przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Podsumowując, żaden z zarzutów dotyczących wadium wniesionego przez Konsorcjum POL-AQUA nie znalazł potwierdzenia, a tym samym nie stwierdzono w tym zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 pzp. Izba nie stwierdziła wadliwości ani gwarancji przetargowej nr 1587/16332 wystawionej 24 sierpnia 2011 r. przez Banco Popular S.A. z Madrytu, ani gwarancji nr 9340.03.1189682-78 wystawionej 23 sierpnia 2011 r. przez Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona „La Caixa” (Kasa Oszczędności) Oddział w Polsce. Obie mają charakter prawny gwarancji nieodwołalnych, bezwarunkowych i na pierwsze żądanie beneficjenta, którym jest

Zamawiający. W szczególności Odwołujący Konsorcjum PRK przytoczył w odwołaniu fragmenty uzasadnień wyroków Izby, a nawet Sądu Najwyższego, które w sposób nieuzasadniony ich treścią przedstawił jako popierające podniesione przez niego zarzuty, w szczególności dowodzące braku cechy bezwarunkowości. Tymczasem gwarancja ma charakter bezwarunkowy, jeżeli wypłata świadczenia uzależniona jest jedynie od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, że podmiot, za który bank udzielił gwarancji, nie wywiązał się ze zobowiązań wobec beneficjenta. Jednocześnie wskazuje się, że sam wymóg potwierdzenia przez beneficjenta zajścia okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty, nie oznacza warunkowości gwarancji, lecz stanowi pewną formalność służącą weryfikacji skierowanego żądania przez gwaranta. Wprowadzenie takiego warunku formalnego nie należy mylić z badaniem przez gwaranta ziszczenia się materialnych przesłanek jego odpowiedzialności. Niedopuszczalne jest zatem żądanie przez gwaranta przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych dowodów, w szczególności pochodzących od innych niż beneficjent podmiotów, poświadczających zrealizowanie się zabezpieczonego rezultatu, w tym przypadku – ziszczenia się którejkolwiek

26

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

z przesłanek opisanych w art. 45 ust. 4a i 5 pzp. W ocenie Izby wymóg załączenia do żądania zapłaty oryginału dokumentu gwarancji również stanowi wymóg formalny do zaakceptowania, zważając że prawidłowe wniesienie wadium w tej formie oznacza wejście przez beneficjenta w posiadanie tego dokumentu. W niniejszej sprawie nie było kwestionowane, że do upływu terminu składania ofert Zamawiający otrzymał oryginały dokumentów gwarancji wadialnych zabezpieczających ofertę Konsorcjum POL-AQUA. Zamawiający dysponuje zatem samodzielnie i niepodzielnie możliwością dopełnienia również tego sprecyzowanego w ich treści warunku formalnego. Izba podziela zatem wyrażony w dotychczasowym orzecznictwie pogląd, że wygaśnięcie zobowiązania gwaranta w razie zwrotu gwarancji nie uchybia prawidłowości wniesionego wadium, o ile zamawiający wszedł w posiadanie oryginału dokumentu do upływu terminu składania ofert, a także otrzymywał na czas późniejsze aneksy wydłużające termin ważności wadium na przedłużony termin związania ofertą (por. wyrok Izby z 22 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1569/09; wyrok Izby z 5 października 2010 r., sygn. akt KIO 2077/10).

Na końcu Izba zważyła, że o ile wskazana w odwołaniu Konsorcjum PRK okoliczność wniesienia przez Konsorcjum POL-AQUA wadium w postaci trzech gwarancji bankowych z różnymi okresami ważności, odpowiada prawdzie, o tyle nie stanowi sformułowania żadnego zarzutu, skoro, jak sam Odwołujący zauważył, każda z tych gwarancji obejmowała cały okres 90-dniowego obligatoryjnego związania ofertą, a nawet dłuższy.

III. Zarzuty odwołania Konsorcjum PRK dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku ze złożeniem przez Konsorcjum POL-AQUA załącznika nr 12 – Izba uznała za niezasadne.

W toku postępowania odwoławczego niesporne było, że obowiązek złożenia przez wykonawców załącznika nr 12 wynikał z pkt. 15 IDW zatytułowanego *Zawartość oferty*. W pkt. 15.1 Zamawiający wymienił dokumenty, które musi zawierać kompletna oferta, w lit. k wskazując: *wzór wykazu urządzeń sterowania ruchem kolejowym, DSAT przewidywanych do zabudowy w ramach zamówienia Załącznik Nr 12 do IDW*. Z kolei w treści tego załącznika znalazło się oświadczenie: *Do realizacji niniejszego zamówienia zastosujemy następujące urządzenia sterowania ruchem kolejowym, DSAT, pod którym zamieszczono tabelę zawierającą kolumny opisane w następujący sposób: Rodzaj urządzenia; Typ urządzeń; Nr świadectwa; Data wydania świadectwa; Data ważności świadectwa*. Zamawiający wpisał w pierwszej z wymienionych kolumn 6 rodzajów urządzeń [1) *Urządzenia zdalnego sterowania i kierowania ruchem*; 2) *Urządzenia stacyjne*; 3) *Urządzenia przejazdowe*; 4) *Urządzenia samoczynnej sygnalizacji przejazdowej*; 5) *Urządzenie samoczynnej blokady liniowej*; 6) *Urządzenia detekcji stanów awaryjnych taboru*], do wykonawców należało wypełnienie

27

pozostałych rubryk. Bezsporne były także okoliczności faktyczne związane ze złożeniem tego załącznika przez Konsorcjum POL-AQUA. Ponieważ w załączonym do oferty (na stronach 153 i 154 dokumentów oferty) załączniku nr 12 nie uzupełniono żądanych informacji w zakresie urządzeń przejazdowych oraz urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej, Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, pismem z 13 stycznia 2012 r. wezwał do uzupełnienia tego dokumentu. W odpowiedzi 20 stycznia 2012 r. Konsorcjum POL-AQUA złożyło uzupełniony w wymaganym zakresie załącznik, opatrzony przy podpisie datą 19 stycznia 2012 r. Następnie, 13 lutego 2012 r. Zamawiający, tym razem na podstawie art. 26 ust. 4 pzp, wezwał do złożenia wyjaśnień, czy wykaz ten *stanowi deklarację ważną na dzień składania oferty*. Pismem z 15 lutego 2012 r. Konsorcjum POL-AQUA wyjaśniło, że *wykaz urządzeń sterowania ruchem kolejowym, DSAT przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia uzupełniony pismem z dnia 19 stycznia 2012r. przez Konsorcjum stanowi deklarację ważną na dzień składania oferty*.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła oczywistą bezpodstawność zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Odwołujący przyznał na rozprawie, że z pkt. 15.1 lit. k nie wynikał wymóg wykazania przez wykonawców, że posiadają wymagane urządzenia. Izba ustaliła nadto, że warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty wymagane w celu potwierdzenia ich spełniania zostały w IDW opisane kompleksowo w pkt. 8 i 9 IDW. W szczególności nie ma żadnego związku pomiędzy wymaganiem wynikającym z pkt. 15.1 lit. k IDW a pkt. 8.3.2 lit. b, precyzującym warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, czy pkt. 9.1.4 lit. c, nakazującym złożyć *wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót w celu realizacji zamówienia...*, sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do IDW. Skoro wykaz z załącznika nr 12 do IDW nie ma związku z warunkami udziału w postępowaniu, to jego niezłożenie lub złożenie w sposób wadliwy obiektywnie nie mogło powodować wykluczenia z postępowania.

Uwzględniając treść ogłoszenia o zamówieniu, wykaz wskazany w pkt. 15.1 lit. k można rozpatrywać wyłącznie jako zażądany na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W sekcji VI.3) tego ogłoszenia Zamawiający zamieścił bowiem między innymi dodatkową informację, że wraz z ofertą wykonawca zobowiązany jest złożyć: po pierwsze – *oświadczenie o posiadaniu świadectw dopuszczenia do eksploatacji przez urządzenia, które Wykonawca zamierza zainstalować w ramach niniejszego zamówienia, wydane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 30.4.2004 r.*

28

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz.U. z 2004 r., Nr 103 poz. 1090 z późn. zm.) sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik Nr 10 do IDW; po drugie – wykaz urządzeń Sterowania Ruchem Kolejowym, DSAT przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia – odsyłając do wzoru z załącznika nr 12 do IDW s.i.w.z. Taki charakter dokumentu nie został *de facto* podważony przez Odwołującego, skoro zarzuty odwołania nie dotyczą dopuszczalności uzupełnienia załącznika nr 12 w trybie art. 26 ust. 3 pzp jako takiej. Odwołujący zakwestionował natomiast rezultat zastosowania tej procedury w stosunku do Konsorcjum POL-AQUA – z powodu braku aktualności oświadczenia podpisanego z datą 19 stycznia 2012 r. najpóźniej na dzień upływu terminu składania ofert.

Izba zważyła, że zarzut odwołania opiera się wyłącznie na fakcie opatrzenia uzupełnionego dokumentu datą przypadającą po terminie składania ofert, bez wnikania w treść i charakter prawny tego dokumentu, a także okoliczności faktycznych towarzyszących jego złożeniu. Stąd brak zdecydowania Odwołującego, który wywodzi z tych samych okoliczności faktycznych, w jednym miejscu konieczność wykluczenia Konsorcjum POL-AQUA za niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, a w innym – obowiązek odrzucenia złożonej przez nie oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Tymczasem ponieważ załącznik nr 12 do IDW jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, skutkiem

jego nieuzupełnienia może być tylko odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Izba zważyła, że odwołaniu nie sprecyzowano żadnych innych powodów niezgodności oferty Konsorcjum POL-AQUA z treścią s.i.w.z., niż niezgodność z pkt. 15.1 lit. k s.i.w.z. Z treści tego postanowienia nie wynikają jednak żadne konkretne wymagania Zamawiającego, poza samym złożeniem wykazu urządzeń ruchem kolejowym DSAT przewidzianych do zabudowy przy realizacji robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Natomiast z treści wzoru wykazu stanowiącego załącznik nr 12 do IDW – wynika obowiązek podania dla wymienionych rodzajów urządzeń – typu urządzeń przewidzianych do zabudowy przez wykonawcę, ze wskazaniem nr, daty wydania i ważności świadectwa. Z tych lakonicznych wymagań można wysnuć wniosek, że Zamawiający zażądał potwierdzenia posiadania przez urządzenia sterowania ruchem kolejowym DSAT, które zostaną zabudowane przy wykonywaniu zamówienia, aktualnych świadectw dopuszczenia do eksploatacji wydanych na podstawie odpowiednich przepisów. W treści uzupełnionego wykazu Konsorcjum POL-AQUA wymieniło 6 pozycji, w tym tylko 2 nowe w stosunku do wykazu załączonego do oferty, w każdym przypadku precyzując typ i rodzaj urządzenia, a także nr świadectwa, przy czym najpóźniejsza z dat wydania przypada na 30 kwietnia 2011 r. (dla urządzeń uzupełnionych są to zaś daty 4 października 2001 r. i 29 sierpnia 2008 r.), a ważność

29

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

wszystkich świadectw określono jako bezterminową. Wbrew stanowisku Odwołującego na rozprawie, w ocenie Izby ma to kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez dopuszczenie do dwukrotnego uzupełniania tego samego dokumentu. Treść oświadczenia opatrzonego datą 19 stycznia 2012 r. wskazuje bowiem jednoznacznie na to, że wszystkie wymienione przez Konsorcjum POL-AQUA urządzenia sterowania ruchem kolejowym DSAT, w tym dwa uzupełnione, na dzień upływu terminu składania ofert posiadały bezterminowe świadectwa. Brak zatem podstaw do stwierdzenia, że Konsorcjum POL-AQUA nie wykazało spełniania przez te urządzenia wymagań Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Stanowisko Izby w niniejszej sprawie jest zatem niesprzeczne z przytoczonymi powyżej za odwołaniem tezami z uzasadnień wyroków Izby: z 10 maja 2011 r. (w sprawie sygn. akt KIO 858/11, z 23 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 293/11) i z 10 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2369/10), zwłaszcza, że orzeczenia te dotyczyły potwierdzania w trybie art. 26 ust. 3 pzp warunków udziału w postępowaniu.

Z tych względów niezależnie od tego czy w tych okolicznościach wezwanie do wyjaśnień uzupełnionego wykazu można uznać za zbędne, z pewnością nie doprowadziło ono do stworzenia Konsorcjum POL-AQUA dwukrotnego uzupełnienia tego samego braku. Złożone wyjaśnienia nie zmieniały treści złożonego uprzednio wykazu, z którego, w szczególności w powiązaniu z wykazem załączonym pierwotnie do oferty, wynikały informacje aktualne na dzień upływu terminu składania ofert. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom odwołania, przytoczone w odwołaniu tezy uzasadnień wyroków Izby z 12 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 677/11) i z 8 maja 2009 r. (sygn. akt KIO 541/09), nie są adekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy, nie tylko z tego powodu, że dotyczą naruszeń art. 26 ust. 3 pzp przy potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu.

Wobec stwierdzenia w sprawie o sygn. akt KIO 467/12 naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzekła, jak w w pkt. 1 sentencji. Izba uwzględniła odwołanie Konsorcjum PKP Energetyka, gdyż bezpodstawne wykluczenie tego Wykonawcy z postępowania może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Wybrana oferta Konsorcjum POL-AQUA jest co prawda tańsza niż oferta Konsorcjum PKP ENERGETYKA, a jedynym kryterium oceny ofert jest cena, jednakże cena oferty Odwołującego jest niższa niż cena oferty sklasyfikowanego dotychczas na drugim miejscu Przystępującego Konsorcjum PRK. Tymczasem z przepisu art. 94 ust. 3 pzp wynika szczególny status takiego wykonawcy, gdyż w razie uchylania się od zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę, zamawiający

30

Sygn. akt: KIO 467/12 KIO 483/12

może, już bez ponownego badania i oceny ofert, wybrać ofertę drugiego w kolejności wykonawcy. Natomiast u w celu umożliwienia Zamawiającemu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum PKP Energetyka niezbędne było uchylene wyboru najkorzystniejszej oferty, to jest czynności kończącej, co do zasady, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Natomiast wobec tego, że Izba nie stwierdziła w sprawie o sygn. akt KIO 483/12 zasadności żadnego z zarzutów, a w konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego któregokolwiek z przepisów pzp wskazanych w odwołaniu Konsorcjum PRK, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w pkt. 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami w sprawie sygn. akt KIO 467/11, w postaci uiszczzonego przez Odwołującego Konsorcjum PKP Energetyka wpisu oraz obciążając tymi kosztami Odwołującego Konsorcjum PRK w sprawie o sygn. akt KIO 483/12, na które złożyły się: uiszczony przez niego wpis i uzasadnione koszty Zamawiającego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku (faktury VAT) złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: