Sygn. akt: KIO 2743/13

WYROK
z dnia 16 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T-MATIC SYSTEMS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa (lider konsorcjum) i ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa reprezentowanych przez: radcę prawnego D……... ……. – S……. z Kancelarii Prawnej P…….. & Partnerzy (adres do doręczeń: ul. Wspólna 50 lok. 00-684 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez **ENERGA – OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Reja 29, 80-870 Gdańsk**

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ACTION S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa i BMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2743/13 po stronie zamawiającego

2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. z siedzibą w** Świdnicy, **Plac Kombatantów 2, 58-100** Świdnica; **UAB „ELGAMA – ELEKTRONIKA", ul. Visoriu 2, Wilno oraz UAB „SIGMA TELAS ENERGY", ul. Kalvariju 125, Wilno** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2743/13 po stronie zamawiającego

---

orzeka:

1.oddala **odwołanie**

2.kosztami postępowania obcią a wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T-MATIC SYSTEMS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa (lider konsorcjum) i ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa reprezentowane przez: radcę prawnego D…….. G…….. – S……. z Kancelarii Prawnej P…….. & Partnerzy (adres do doręczeń: ul. Wspólna 50 lok. 00-684 Warszawa)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T-MATIC SYSTEMS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa (lider konsorcjum) i ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa reprezentowanych przez: radcę prawnego D……. G…….. – S…….. z Kancelarii Prawnej P…….. & Partnerzy (adres do doręczeń: ul. Wspólna 50 lok. 00-684 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T-MATIC SYSTEMS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa (lider konsorcjum) i ARCUS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa reprezentowanych przez: radcę prawnego D……. G…….. – S…….. z Kancelarii Prawnej P…….. &**

Partnerzy (adres do doręczeń: ul. Wspólna 50 lok. 00-684 Warszawa) na rzecz **ENERGA – OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Reja 29, 80-870 Gdańsk** kwotę **4 158 zł 82 gr** (słownie: cztery tysiące sto pięćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……..…..…

Sygn. akt: KIO 2743/13

Uzasadnienie

ENERGA - OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie zawarcia umowy ramowej, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę oraz uruchomienie Infrastruktury Licznikowej dla Energa – Operator S.A.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2010 r., nr 2010/S 247-377831.

W dniu 18 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T-MATIC SYSTEMS S.A. z siedzibą Warszawie oraz ARCUS S.A. z siedzibą Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „SIGMA – ELEKTRONIKA” Wilno oraz UAB „SIGMA TELAS ENERGY” Wilno, zwanego dalej „wykonawcą ELGAMA”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 listopada 2013 r.) od czynności zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty zło onej przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: ACTION S.A. z siedzibą w Piasecznie oraz BMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „konsorcjum ACTION”
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA" z siedzibą w Wilnie i UAB „SIGMA TELAS ENERGY" z siedzibą w Wilnie, zwanego dalej „konsorcjum ELGAMA”, z udziału w postępowaniu
3. zaniechaniu odrzucenia oferty zło onej przez konsorcjum ELGAMA
4. wyborze oferty konsorcjum ELGAMA jako oferty najkorzystniejszej

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ACTION, pomimo, i zło ona przez konsorcjum ACTION oferta jest niewa na na podstawie odrębnych przepisów

---

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 w z w. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum ELGAMA z postępowania, chocia konsorcjum ELGAMA nie wykazało, i aden z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum

nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp

3. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z konsorcjum ELGAMA z postępowania, chocia konsorcjum ELGAMA nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ELGAMA, pomimo faktu, i zło enie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania
2. nakazanie zamawiającemu uniewa nienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert, a w konsekwencji:
   wykluczenie konsorcjum ELGAMA z udziału w postępowaniu, ewentualnie −
   odrzucenie oferty zło onej przez to konsorcjum
   odrzucenie oferty konsorcjum ACTION −
   dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. −

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., i :

Odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odwołujący podniósł, i konsorcjum A CTION , zło yło ofertę, która została podpisana w dniu 7 listopada 2013 r. przez Pana M.……..… B……..……. Wraz z ofertą zło one zostało pełnomocnictwo z dnia 7 listopada 2013 r. dla A CTION S.A. do reprezentowania BMCG Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, a tak e pełnomocnictwo dla M.……. B…… upowa niające m.in. do zło enia oferty w imieniu konsorcjum A CTION . Drugie pełnomocnictwo wystawione zostało w dniu 8 listopada 2013 r., a zatem po dacie zło enia oświadczenia obejmującego w szczególności ofertę konsorcjum A CTION.

Zgodnie z art. 78 k.c. do zachowania formy pisemnej konieczne jest zło enie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Z uwagi na fakt, i pełnomocnictwo BMCG Sp. z o.o. dla A CTION S.A. nie budzi wątpliwości, oferta konsorcjum A CTION powinna zostać podpisana zgodnie z reprezentacją wskazaną w KRS tej spółki, tj. przez dwóch członków zarządu spółki A CTION S.A. łącznie lub przez członka zarządu spółki A CTION S.A. łącznie z ustanowionym prokurentem. A CTION S.A. było równie upowa nione do ustanowienia dalszego pełnomocnika konsorcjum A CTION ,

dlatego te dopuszczalne było podpisanie tej oferty przez prawidłowo ustanowionego pełnomocnika.

Tymczasem, ofertę konsorcjum A CTION podpisał w dniu 7 listopada 2013 r. samodzielnie Pan M…….. B…….. Co prawda załącznikiem do oferty jest pełnomocnictwo dla Pana M……. B…….. uprawniającego Pana M…… B…… m.in. do podpisania oferty w imieniu konsorcjum A CTION , niemniej pełnomocnictwo to zostało ustanowione w dacie późniejszej, ni data podpisania oferty, tj. w dniu 8 listopada 2013 r. Zgodnie z powy szym w dniu 7 listopada 2013 r. Pan M……. B……. ponad wszelką wątpliwość nie był upowa niony do podpisania oferty w imieniu konsorcjum Action.

Jednocześnie odwołujący wskazał na brak przesłanek do zastosowania w tym przypadku art. 26 ust. 3, tj. do wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakującego lub wadliwego dokumentu, z uwagi na fakt, i art. 101 ust. 4 ustawy Pzp w sposób wyraźny wyłącza zastosowanie art. 26 ustawy Pzp w przypadku postępowań obejmujących zamówienia, których przedmiot - tak jak przedmiotowej sytuacji - objęty jest umową ramową. W powy szych okolicznościach, podniósł, i oferta została podpisana przez osobę, która nie była umocowana do samodzielnego reprezentowania konsorcjum A CTION , a wobec tego nie była uprawniona tak e do podpisania oferty w imieniu konsorcjum A CTION . Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. oferta konsorcjum A CTION , jako niewa na na podstawie odrębnych przepisów, a tym samym podlega odrzuceniu.

Odnośnie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, i - zgodnie z Działem XIII SIWZ zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą ka dy z wykonawców uczestniczących w postępowaniu zło ył oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oznacza to zatem, i wykonawcy

składający wspólnie ofertę nie stają się jednym wykonawcą. W konsekwencji, wykluczeniu z postępowania podlegałoby całe konsorcjum w sytuacji, gdyby okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zachodziły w stosunku do przynajmniej jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Dlatego te , oświadczenie o braku podstaw wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy Pzp musi być zło one w stosunku do ka dego z tych wykonawców. Tym samym, oferta konsorcjum ELGAMA powinna zawierać ww. oświadczenia dotyczące odrębnie ka dego z wykonawców, tj. dla spółki Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, dla spółki UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA" z siedzibą w Wilnie, a tak e dla spółki UAB „SIGMA TELAS ENERGY" z siedzibą w Wilnie. Tymczasem, w ofercie konsorcjum ELGAMA znajduje się tylko jedno takie oświadczenie, podpisane przez prezesa spółki Systemy Pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. Z treści tego

świadczenia wynika wprost, e oświadczenie to jest składane w imieniu tylko jednego Wykonawcy.

Dodatkowo podniósł, i Pan J…….. M……- prezes Zarządu spółki Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. uprawniony do jednoosobowej reprezentacji tej spółki - został umocowany do działania w imieniu konsorcjum ELGAMA na mocy pełnomocnictw udzielonych przez pozostałych wykonawców w dniu 14.02.2011 r. (pełnomocnictwa załączone do oferty zło onej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej; do oferty zło onej w aktualnym postępowaniu nie dołączono nowych pełnomocnictw). Z treści tych pełnomocnictw nie wynika upowa nienie Lidera konsorcjum do składania oświadczeń w zakresie braku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do sytuacji podmiotowej pozostałych konsorcjantów.

Nadto podniósł, i brak jest przesłanek do zastosowania w tym przypadku art. 26 ust. 3, tj. do wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakującego lub wadliwego dokumentu, z uwagi treść art. 101 ust. 4 ustawy Pzp. Z uwagi zatem na fakt nie wykazania, czy w stosunku do ka dego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum ELGAMA, brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania, konsorcjum to podlegało wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnośnie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, i konsorcjum ELGAMA nie wniosło wadium w postępowaniu. Zgodnie z obowiązkiem ustawowym zamawiający za ądał zło enia wadium przez wykonawców biorących udział w Postępowaniu (dział XIV SIWZ). Jedną z dopuszczonych form w jakich wadium mogło być wniesione była gwarancja bankowa. Konsorcjum ELGAMA wraz z ofertą zło yło dokument zatytułowany Gwarancja bankowa Nr 1084/2013/TRA. Stwierdzić nale y, i dokument ten nie mo e zostać uznany za skutecznie ustanowione przez wykonawcę wadium.

Z treści ww. dokumentu wynika, i Societe Generale S.A. Oddział w Polsce udzieliło gwarancji wadium w imieniu konsorcjum. Mając na uwadze okoliczność, i zło enie oświadczenia w imieniu podmiotu trzeciego nie stanowi zobowiązania własnego (tj. zło onego w imieniu własnym), a jedynie zło enie oświadczenia jako przedstawiciel (pełnomocnik) tego podmiotu trzeciego, przyjąć nale y, i gwarancja udzielona została de facto przez konsorcjum ELGAMA. Rozwiązanie takie jest nie do przyjęcia, szczególnie w świetle zapisów art. 80 i 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., Nr 1376 z późn. zm.), zwanej dalej „Prawem bankowym". Zgodnie z tymi przepisami gwarancji bankowej udziela bank jako gwarant. Nie jest dopuszczalna sytuacja, aby gwarancji bankowej udzielił podmiot nie posiadający statusu banku. Udzielenie gwarancji bankowej jest bowiem czynnością bankową określoną w art. 5 ust. 1 pkt 4 Prawa bankowego, która mo e być wykonana wyłącznie przez bank (art. 5 ust. 4 Prawa bankowego). Stąd te gwarancja załączona do oferty konsorcjum ELGAMA nie mo e zostać

uznana za gwarancję bankową, ani te za adną inną formę wniesienia wadium dopuszczoną zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.

Ww. gwarancja została udzielona na zlecenie spółki SAGEMCOM ENERGY AND TELCOM SAS z siedzibą we Francji. Jest to podmiot całkowicie niezwiązany z konsorcjum ELGAMA, a zatem nie mo na uznać, i wadium zostało wniesione przez konsorcjum ELGAMA. Tym samym dokument określony jako „Gwarancja bankowa Nr 1084/2013/TRA”

nie mo e zostać uznany za gwarancję bankową stanowiącą wadium w postępowaniu, a ponadto gwarancja ta wystawiona została na zlecenie podmiotu niezwiązanego z postępowaniem. Z przytoczonych przyczyn, zachodzi konieczność wykluczenia konsorcjum ELGAMA z udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, i wykonawcy ci nie wnieśli wadium do momentu upływu terminu składania ofert, a zatem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, i w przedmiotowym postępowaniu, konsorcjum ELGAMA zło yło ofertę za łączną cenę 106 902 008,39 zł brutto. Cena ta jest ceną nierealną i poni ej kosztów wykonania zamówienia. Szczegółowe wyliczenia i dowody w tym zakresie odwołujący przedstawi w kolejnym piśmie, objętym tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zło enie oferty zawierającej cenę ustaloną w powy szy sposób działanie konsorcjum ELGAMA miało ewidentnie na celu wyeliminowanie konkurujących przedsiębiorców z rynku właściwego. Konsorcjum ELGAMA zło yło ofertę zawierającą cenę wskazującą na sprzeda towarów poni ej kosztów ich wytworzenia. Tym samym nale y uznać, i zło enie takiej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W dniu 2 grudnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 5 grudnia 2013 r. (pismem z dnia 4 grudnia 2013 r.) konsorcjum ACTION przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 5 grudnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum ELGAMA przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 12 grudnia 2013 r., odwołujący cofnął zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, zło one oferty, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących zło one podczas rozprawy, skład orzekający Izby zwa ył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, i nie została wypełniona adna z przesłanek negatywnych, uniemo liwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak równie stwierdziła, e wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powy sze skład orzekający Izby rozpoznał zło one odwołanie, uznając i odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ACTION, pomimo i zło ona na przez konsorcjum Action oferta jest niewa na na podstawie odrębnych przepisów nie potwierdził się.

Izba ustaliła, i oferta zło ona przez konsorcjum ACTION w dniu 12 listopada 2013 r. (protokół postępowania) została podpisana w dniu 7 listopada 2013 r. przez Pana M……. B……. (str. 1-5 formularza oferty)

Do oferty załączono pełnomocnictwo z dnia 8 listopada 2013 r., w którym ACTION S.A. z siedzibą w Warszawie upowa niła Pana M……. B…….. do reprezentowania ACTION S.A. – BMCG Sp. z o.o. w prowadzonym postępowaniu, w szczególności do „zło enia w imieniu wykonawców ACTION S.A. – BMCG Sp. z o.o. oferty na rzecz Zamawiającego".

Odwołujący podniósł, i Pan M……. B……. w dniu 7 listopada 2013 r. nie był upowa niony do podpisania oferty w imieniu konsorcjum ACTION, a tym samym oferta konsorcjum Action jest niewa na na podstawie odrębnych przepisów i jako taka podlega odrzuceniu.

Mając na uwadze powy sze Izba zwa yła co następuje:

Niewątpliwym jest, co słusznie podniósł zamawiający, e o tym czy oferta konsorcjum ACTION została zło ona przez osobę prawidłowo umocowaną decyduje data zło enia tego oświadczenia. Oferta konsorcjum ACTION wpłynęła do zamawiającego w dniu 12 listopada 2013 r. Została ona podpisana w dniu 7 listopada 2013 r. przez Pana M……. B……., który w dniu 8 listopada 2013 r. został skutecznie i prawidłowo ustanowiony pełnomocnikiem

konsorcjum ACTION. Istotnie Pan M…….. B……. podpisał ofertę w dniu 7 listopada 2013 r. Tym niemniej, składając ofertę był ju umocowany do działania w imieniu konsorcjum ACTION S.A. – BMCG Sp. z o.o., a tym samym do zło enia oferty w imieniu tego konsorcjum, działał bowiem na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 listopada 2013 r. Bez znaczenia jest więc moment kiedy oferta została podpisana. Samo podpisanie oferty nie wywołuje bowiem skutków prawnych. O skuteczności czynności prawnej decyduje chwila zło enia oświadczenia woli. W dacie, w której oferta miała wywoływać skutki prawne, a więc w dacie, w które zostało zło one oświadczenie (oferta konsorcjum ACTION S.A. – BMCG Sp. z o.o.), Pan M…….. B……. był prawidłowo umocowany do działania w imieniu konsorcjum. Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania umocowania Pana M……. B…….. do zło enia oferty w niniejszym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum ELGAMA z udziału w postępowaniu, pomimo, i nie zostało wykazane, i wobec adnego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum ELGAMA nie zachodzą okoliczności określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, i zgodnie z Działem XIII SIWZ „Dokumenty składane przez wykonawców” „ka dy z Wykonawców uczestniczących w postępowaniu zobowiązany jest do zło enia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z Postępowania zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do SIWZ”.

Konsorcjum ELGAMA w załączeniu do zło onej oferty zło yło „OŚWIADCZENIE” (str. 6 oferty) sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, podpisane przez Pana J……. M…… Prezesa Zarządu lidera konsorcjum, tj. Systemów Pomiarowych ELGAMA Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy.

Dokument powy szy zakwestionował odwołujący, podnosząc i zamawiający wymagał aby dokument taki zło ył ka dy z wykonawców, co w przypadku konsorcjum oznacza, i oświadczenia takie powinny być zło one odrębnie przez ka dego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum.

Mając na uwadze powy sze Izba zwa yła co następuje:

Bezspornym jest, i wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a tego rodzaju sytuację wspólnego ubiegania się o zamówienie nazywa się konsorcjum. Bezspornym jest tak e, i w takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszym stanie faktycznym ELGAMA Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy reprezentowana przez Pana J…… M…… Prezesa Zarządu została umocowana w imieniu „Zamkniętej Spółki Akcyjnej Sigma

Telas Energy” oraz „Zamkniętej Spółki Akcyjnej ELGAMA – ELEKTRONIKA” do „reprezentowania konsorcjum w postępowaniu przetargowym i zawarcia Umowy Ramowej oraz wykonywania wszelkich czynności związanych z uzyskaniem zamówienia oraz zawarcia umowy na realizację zamówienia w przypadku wyboru oferty konsorcjum” (odpowiednio dwa pełnomocnictwa z dnia 14 lutego 2011 r.). Pan J…… M……., działający jako organ spółki ELGAMA Sp. z o.o. i Prezes Zarządu, został więc umocowany do działania w imieniu litewskich spółek, jak równie do działania w imieniu konsorcjum w tym konkretnym postępowaniu. Był więc uprawniony do podejmowania wszelkich czynności związanych z uzyskaniem zamówienia, w tym dokonywania czynności w imieniu tych właśnie spółek. Istotnie ka dy z członków konsorcjum musi odrębnie spełniać warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Nie oznacza to

jednak, i oświadczenie takie musi być zło one na odrębnym druku oświadczenia w stosunku do ka dego z wykonawców, działających łącznie w ramach konsorcjum.

Z treści kwestionowanego oświadczenia (z dnia 10 listopada 2013 r.) niewątpliwie wynika, e jest ono składane w imieniu wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum firm. Wszyscy ci wykonawcy zostali bowiem wymienieni w nagłówku tego właśnie dokumentu. Nadto w jego treści jednoznacznie odwołano się do „Wykonawcy", wskazując i , „składając w imieniu Wykonawcy (...)", „nie zachodzą w stosunku do reprezentowanego przeze mnie Wykonawcy podstawy do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 Ustawy", co w sytuacji gdy składająca podpis „osoba upowa niona do reprezentowania Wykonawcy" posiadała umocowanie do podejmowania wszelkich czynności związanych z uzyskaniem zamówienia, a więc i działania w imieniu poszczególnych spółek (wykonawców), nieuprawnionym czyni zarzut braku umocowania do działania w imieniu ka dej z tych spółek. Tym samym oświadczenie zło one przez osobę umocowaną do działania w imieniu poszczególnych wykonawców (członków konsorcjum) czyni zadość wymogowi zło enia oświadczenia w trybie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum ELGAMA z udziału w postępowaniu uwagi na to, i konsorcjum ELGAMA nie wniosło wadium nie potwierdził się.

Izba ustaliła, i konsorcjum ELGAMA do zło onej oferty załączyła „Gwarancję bankową Nr 1084/2013/TRA z dnia 8 listopada 2013 r.

Dokument powy szy zakwestionował odwołujący, podnosząc m.in., i dokument ten nie mo e zostać uznany za skutecznie ustanowione przez wykonawcę wadium.

Mając na uwadze powy sze Izba zwa yła co następuje:

Gwarancją bankową – zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj.: Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 z późn. zm.) - jest jednostronne

zobowiązanie banku (gwaranta), e po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie ądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pienię ne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z powy szego wynikają więc *essentialia negotii* gwarancji bankowej. Ponadto doktryna wskazuje na dodatkowe elementy przedmiotowo istotne gwarancji bankowej, tj. na określenie zabezpieczonego rezultatu i określenie wysokości sumy pienię nej, którą ma zapłacić gwarant w razie ziszczenia się zabezpieczonego rezultatu. Gwarancja bankowa w swej treści powinna więc określać warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku obowiązku zapłaty. Istotne jest więc to czy treść gwarancji zawiera wszystkie elementy wymagane przepisami ustawy Pzp i prawa bankowego, a te konieczne elementy dokument zło ony przez konsorcjum ELGAMA niewątpliwie posiada. Przede wszystkim z treści tego dokumentu wynika – wbrew twierdzeniom odwołującego – i jego wystawcą jest bank, tj. „SOCIETE GENERAL Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Marszałkowska 111, 00-102 Warszawa, NIP 526-000-42-10", a nie konsorcjum ELGAMA. Gwarantem jest więc bank. Natomiast beneficjentem gwarancji jest zamawiający, „na rzecz" (ENERGA – OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku (...)) którego została ona wystawiona. Faktycznie gwarancja została wystawiona na zlecenie podmiotu trzeciego, tj. „SAGEMCOM ENERGY AND TELECOM SAS (...)". Niemniej jednak zleceniodawcą gwarancji nie musi być wyłącznie wykonawca, ale mo e nim być równie podmiot trzeci, gdy zlecenie udzielenia gwarancji nie jest przesłanką warunkującą wa ność zobowiązania banku, a tym samym nie jest istotne, kto jest jej zleceniodawcą. Istotne jest jedynie to aby, w konkretnym postępowaniu, wadium w postaci gwarancji bankowej wniesionej przez określonego wykonawcę zabezpieczało interesy beneficjenta tej gwarancji. Z treści zło onej gwarancji bankowej niewątpliwie wynika, i została ona udzielona w związku z przystąpieniem właśnie przez to konsorcjum - konsorcjum Elgama do ściśle określonego przetargu, którego numer wskazano w treści gwarancji („W/1/AZL/00082/13, ogłoszenie z dnia 18 PAŹDZIERNIKA 2013 r. na dostawy i uruchomienie infrastruktury licznikowej dla ENERGA - OPERATOR S.A."), określając jednocześnie podmiot, którego ofertę zabezpiecza, poprzez wskazanie poza liderem konsorcjum (ELGAMA Sp. z o.o.), tak e jego członków (UAB ELGAMA - ELEKTRONIKA, UAB SIGMA TELAS ENERGY). Treść gwarancji zawiera określenie uprawnień z niej

wynikających, tj. wskazanie sumy gwarancyjnej w wysokości „PLN 3 400 000,00”, jak równie klauzulę dotyczącą bezwarunkowości płatności sumy gwarancyjnej („zrealizujemy płatność (...) nieodwołalnie i bezwarunkowo, na ka de pisemne ądanie Zamawiającego (...)” w przypadku ziszczenia się wyspecyfikowanych w niej przesłanek („wykonawca: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

nie wniósł zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy; zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemo liwe z przyczyn le ących po stronie wykonawcy”) oraz „w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo Zamówień Publicznych”. Wobec powy szego, a więc jednoznacznej treści gwarancji bankowej wystawionej przez bank, tj. SOCIETE GENERAL Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, akcentowanie wyrwanego z kontekstu sformułowania „w imieniu Konsorcjum” i przypisywanie mu szczególnej wagi, jak i twierdzenie, i jej wystawcą jest *de facto* konsorcjum ELGAMA, nie znajduje potwierdzenia w treści kwestionowanej gwarancji bankowej. Tym samym stwierdzić nale y, i zarzut ten nie potwierdził się.

Mając na uwadze powy sze stwierdzić nale y, i nie potwierdził się tak e zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc powy sze pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty zło one przez przystępującego na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600 zł 00 gr oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 558 zł 82 gr, na podstawie faktur zło onych do akt sprawy.

Przewodniczący: ……..…..…