

WYROK
z dnia 3 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Marka S., Sławomira S., wspólników spółki cywilnej „Zakład Ogólnobudowlany” oraz Halinę G., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą VIDOM Halina G., ul. eromskiego 1/45, 19-500 Gołdap** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy **ANATEX Sp. z o.o., ul. Handlowa 6g, 15-399 Białystok** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Marka S., Sławomira S., wspólników spółki cywilnej „Zakład Ogólnobudowlany” oraz Halinę G., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą VIDOM Halina G., ul. eromskiego 1/45, 19-500 Gołdap** i odrzucenia oferty, złożonej przez wskazanych Wykonawców oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

1

2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Marka S., Sławomira S., wspólników spółki cywilnej „Zakład Ogólnobudowlany” oraz Halinę G., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą VIDOM Halina G., ul. eromskiego 1/45, 19-500 Gołdap**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa- **Rejonowego Zarządu Infrastruktury, ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Marka S., Sławomira S., wspólników spółki cywilnej „Zakład Ogólnobudowlany” oraz Halinę G., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą VIDOM Halina G., ul. eromskiego 1/45, 19-500 Gołdap** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

2

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa *budynku koszarowego nr 31 na potrzeby WKU Suwałki - Etap I Wykonanie robót elektrycznych i teletechnicznych wraz z wyposażeniem kwaterunkowym budynku nr 31 oraz budowa drogi dojazdowej, parkingu i ogrodzenia dla potrzeb WKU Suwałki - Etap II - postępowanie 32/RB*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2013 r. pod numerem 268870 – 2013.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1; art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania powołał się na postanowienie nieistniejące w tej formie w SIWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią powołanego przez Zamawiającego rozdziału IX pkt 2 ppkt 2 lit i SIWZ „ (...) w przypadku wniesienia wadium przez konsorcjum w formie o której mowa w pkt V SIWZ winno ono w swej treści zawierać wyraźne wskazanie wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum wraz z podaniem ich nazw i siedzib”.

Odwołujący zauważył, że powołany pkt V SIWZ kształtuje warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, nie wskazując jakichkolwiek form wniesienia wadium. Zdaniem Odwołującego, z literalnej wykładni powyższego postanowienia, w adnym razie nie można wywieść, że Zamawiający w sposób wyraźny zastrzegł, iż to gwarancja ubezpieczeniowa wnoszona jako jedna z dopuszczalnych form wadium winna w swej treści zawierać wskazanie wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Zapisy niejasne i sprzeczne w treści SIWZ, zdaniem Odwołującego, nie mogą działać na niekorzyść wykonawców i nie powinni oni ponosić odpowiedzialności za nieczytelne zapisy SIWZ, w szczególności konsekwencji tak daleko idących jak wykluczenie.

Nadto, Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006r. sygn. akt II Ca 486/06, w którym wskazano, iż „o ile zamawiający nie zawarł w

3

SIWZ wyraźnego wymogu (...), że złożenie gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczające dla zabezpieczenia oferty (tak te wyrok SO w Częstochowie, sygn. akt IV Ca 527/05)”.

Dalej Odwołujący stwierdził, że mając na względzie to, iż treść zawarta w rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 lit. i SIWZ nie jest jednoznaczna (zdanie złożone z odmiennych rzeczowo treści - pierwszy człon dotyczy okresu ważności gwarancji, drugi wskazuje na konieczność wskazania wszystkich wykonawców przy wnoszeniu zabezpieczenia wadium, w formie określonej w rozdziale V SIWZ, w którego treści brak informacji dotyczącej tych form) i w adnym razie nie można skutecznie wywieść, która z form zabezpieczenia wadialnego (jedna czy kilka) winna zawierać treści wskazujące wykonawców tworzących konsorcjum. Zdaniem Odwołującego, powołany zapis SIWZ nie przystaje do logicznej treści SIWZ, dając asumpt do twierdzenia, iż został tam przeniesiony z innego SIWZ i nie dostosowany do nowej nomenklatury.

W ocenie Odwołującego, na skutek analizy treści SIWZ, w adnym razie Odwołujący nie miał podstaw dla twierdzenia, że wymogiem Zamawiającego było wskazanie w gwarancji wadialnej, składanej przez konsorcjum, wszystkich wykonawców, wchodzących w jego skład. Odwołujący podniósł, że obowiązkiem oferenta jest ściśle stosowanie się do treści SIWZ a nie tworzenie swoich domniemań, co do ewentualnych założeń Zamawiającego. Zaś brak wyraźnego wskazania przez Zamawiającego dodatkowych wymogów w przedmiocie elementów koniecznych w gwarancji wadialnej, wyklucza twierdzenie o jej wadliwości (wyrok SO z 17 maja 2006r., sygn. akt IV Ca 181/06)

Odwołujący podniósł również, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymagają, aby w przypadku ubiegania się o zamówienie publiczne przez konsorcjum gwarancja ubezpieczeniowa wymieniała wszystkich konsorcjantów wspólnie składających ofertę. Na podkreślenie, zdaniem Odwołującego, zasługuje te stanowisko KIO z dnia 30

sierpnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1779/11, według którego brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań SIWZ odnoszących się do wadium a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że ustawową przesłanką wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co do zabezpieczenia zło onej oferty wadium, może być wyłącznie fakt, że wykonawca w ogóle nie wniósł wadium w jednej z dopuszczonych form.

Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ukształtowaną linią orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwe i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 757/09).

4

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 2 ppkt 2 lit. i SIWZ, „w przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja musi być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i musi zawierać następujące elementy: (...) jednocześnie Zamawiający wymaga, aby okres ważności gwarancji nie był krótszy niż okres związania ofertą, w przypadku wniesienia wadium przez Konsorcjum w formie o której mowa w pkt. V SIWZ winno ono w swej treści zawierać wyraźne wskazanie wszystkich Wykonawców tworzących Konsorcjum wraz z podaniem ich nazw i siedzib.” Zamawiający wskazał również, że „w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia wadium może być wniesione przez Pełnomocnika Wykonawców o których mowa w pkt. V niniejszej SIWZ” (rozdział IX pkt 3 ppkt 3 SIWZ).

Do oferty Odwołującego został dołączony dokument gwarancji ubezpieczeniowej nr 1502/12/998/13/GJ/UG, w której treści wskazano jako wykonawcę Marka S. i Sławomira S., współników spółki cywilnej „Zakład Ogólnobudowlany”, pominięto zaś Halinę G., będącą członkiem konsorcjum, składającego ofertę i ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W pkt 4 przedmiotowego dokumentu gwarant wymienił okoliczności, w jakich będzie zobowiązany do zapłaty wadium, a odnoszące się do Wykonawcy wskazanego w treści gwarancji.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że „Wykonawca wniósł wadliwą gwarancję, niezgodną z Wymogami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Zamawiający zapisał w SIWZ (pkt IX podpunkt 2.2) i), że w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji przez Konsorcjum wraz z podaniem ich nazw i siedzib. Wykonawca natomiast w zło onej gwarancji zabezpieczającej wadium wskazał tylko jedną z Firm tworzących konsorcjum.” Jednocześnie Zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę zło oną przez Odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zwa yła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Z mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłu ony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłu enie okresu związania ofertą. Powy szy przepis stał się podstawą podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a brak wniesienia wadium, zwa ywszy na uzasadnienie faktyczne podjętej

5

decyzji Zamawiający wiązał z niespełnieniem wymogu SIWZ, dotyczącego obowiązku wskazania w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Powy sze dowodzi, że dokonana przez Zamawiającego ocena faktyczna i prawa nie pozostaje w korelacji, bowiem wskazanie na niezgodność z SIWZ winno być podstawą odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp a nie wykluczenia

wykonawcy z postępowania. Jednak biorąc pod uwagę, iż Zamawiający w sposób wyraźny wskazał na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, to również i ta materia wymaga analizy. W pierwszej zatem kolejności rozważyć należało, czy o braku wniesienia wadium świadczy fakt niewymienienia w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członków konsorcjum). W ocenie Izby, na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie za ukształtowany należy uznać pogląd, iż ka de wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4 ustawy Pzp), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6 ustawy Pzp), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), a także zgodnie z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. *A contrario* tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przypadku, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Inaczej, 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 niezajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne.

Co do eksponowanego przez Zamawiającego argumentu, i zgodnie z treścią gwarancji roszczenie o zapłatę na podstawie spornej gwarancji nie powstanie, bowiem okoliczności, wymienione w jej treści, które je aktualizują, dotyczą jedynie jednego z członków konsorcjum, przyjmując należy, iż jej on chybił. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp,

6

przepisy dotyczące wykonawcy, stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. Tranzytywność obowiązków ustawowych i odpowiedzialność za ich niedopełnienie jest w tym przypadku następująca: umowę w sprawie zamówienia można zawrzeć jedynie z wykonawcą (wykonawcami) wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp); tym samym w przypadku gdy np. jeden z konsorcjantów uchyla się od jej zawarcia na warunkach określonych w ofercie (art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp) nie można zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, do czego się zobowiązywali składając wspólnie ofertę; a więc od zawarcia zgodnej z przepisami ustawy uchylają się wszyscy wykonawcy (wykonawca) składający ofertę na warunkach w niej określonych. Można wskazać, iż zamawiający wzywa do podpisania umowy wszystkich wykonawców łącznie i poza jego zainteresowaniem pozostaje, z przyczyny którego z nich zawarcie umowy nie może nastąpić – skutek jest w tym przypadku zawsze ten sam – wykonawcy (w tym i wykonawca wskazany w gwarancji) w sprawie umowy w sprawie zamówienia nie zawarli, nieważne jest w tym przypadku z jakich przyczyn uchylili się od podpisania umowy w sprawie zamówienia. Termin „podpisanie” użyty w ww. przepisie należy rozumieć technicznie jako podpisanie umowy, ale jako zaciągnięcie zobowiązania umownego, a takowe mogą wykonawcy zaciągnąć w tym przypadku tylko wspólnie. Podobnie, na zasadzie obciążenia skutkami zaniechań jednego wykonawcy wszystkich pozostałych wspólnie z nim składających ofertę, rozpatrywać należy pozostałe przesłanki zatrzymania wadium, wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Błędna ocena Zamawiającego o braku wniesienia wadium przez Odwołującego wynikała nie tylko z pominięcia omówionych wyżej zasad ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawców występujących wspólnie, ale również zasad ich odpowiedzialności.

Podkreślić należy, że zobowiązaniem do zawarcia umowy w sprawie zamówienia

publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, zaś w przypadku wykonawców ubiegających się o wspólnie zobowiązany jest konsorcjum, a zamówienie odpowiedzialność jego członków za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. i art. 14 ustawy Pzp.

Przepis art. 141 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należącego do wykonania umowy, zdaje się rzeczywiście nie dotyczyć sytuacji odpowiedzialności wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie za skutki

7

powstania przeszkód w zawarciu samej umowy. Stosownie jednak do przepisu art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

W sytuacji, kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie członka konsorcjum niewymienionego w treści gwarancji, Zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie, tj. w niniejszym stanie faktycznym od lidera. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Warto podkreślić, że analogiczne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II CA 489/06 oraz Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 maja 2011 r., sygn. akt 810/11. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wymóg złożenia przez każdego z członków konsorcjum oddzielnego wadium, o którym mowa z jednej z tych pierwszych z powołanych wyroków, nie jest to samo z wymogiem wskazania w treści gwarancji wszystkich członków konsorcjum.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i okoliczności, wokół których koncentrował się spór oraz szczególnie w tym przedmiocie eksponowanej przez obie strony postępowania, jak i uczestnika, argumentacji, stwierdzić należy, i niezależnie od kwalifikacji spornego postanowienia SIWZ (precyzyjne bądź nie), niespełnienie wymogu wskazania w treści gwarancji ubezpieczeniowej wszystkich członków konsorcjum nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o powołany przepis. W pierwszej kolejności, odnosząc się do podkreślanego przez Zamawiającego znaczenia postanowień SIWZ dla wnoszenia wadium przez wykonawców (w tym przypadku znaczenia wymagań co do treści gwarancji), Izba wskazuje, i w świetle przepisów art. 45 oraz 46 ustawy Pzp, jedynymi postanowieniami SIWZ dotyczącymi wadium, które nie zostały

8

uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniędzy powinno być wpłacane. Jakiegokolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego, stawiane w treści SIWZ, odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych *etc.*, nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak bowiem podstaw prawnych do egzekwowania wymagań SIWZ odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy.

Co istotne również, wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniążek) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie przeciwieństwie dokumentów i informacji, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami SIWZ.

Z przedstawionych wyżej powodów argumentacja, powołująca okoliczność, i spornym postanowieniem SIWZ Zamawiający posługiwał się również w ramach uprzednio prowadzonych postępowań oraz wyjaśniał sposób jego rozumienia, a także, a Odwołujący rozumiał rzezone postanowienie uprzednio w sposób, w jaki prezentuje to Zamawiający nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Analogicznie należy ocenić dowód z dokumentu przedłożony przez Zamawiającego na rozprawie.

Słuszny okazał się również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego na mocy wskazanego przepisu, na skutek podjęcia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tym samym Zamawiający potwierdził, że nie dostrzegł różnicy pomiędzy uznaniem *ex lege* oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) od obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, w której pomimo wykluczenia z postępowania lub niezaproszenia do składania ofert wykonawca składa ofertę.

Trafność ww. zarzutów czyni zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnionym.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

9

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł. Jednocześnie nie uwzględniono wniosku pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie jego wynagrodzenia wobec braku spełnienia wymogu przedłożenia do akt sprawy rachunku w tym przedmiocie (§ 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia).

Przewodniczący:

10