

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 obciąża 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:** .....

## **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 w Warszawie oraz ARCUS S.A. z siedzibą w 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 złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o 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 złożonej 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, iż złożona przez konsorcjum ACTION oferta jest nieważna 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, chociaż konsorcjum ELGAMA nie wykazało, iż żaden 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, chociaż 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, iż złożenie 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 unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert, a w konsekwencji:
  - wykluczenie konsorcjum ELGAMA z udziału w postępowaniu, ewentualnie odrzucenie oferty złożonej przez to konsorcjum
  - odrzucenie oferty konsorcjum ACTION
  - dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

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

Oдноśnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż konsorcjum ACTION, złożyło ofertę, która została podpisana w dniu 7 listopada 2013 r. przez Pana M..... B..... Wraz z ofertą złożone zostało pełnomocnictwo z dnia 7 listopada 2013 r. dla ACTION S.A. do reprezentowania BMCG Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, a także pełnomocnictwo dla M..... B..... upoważniające m.in. do złożenia oferty w imieniu konsorcjum ACTION. Drugie pełnomocnictwo wystawione zostało w dniu 8 listopada 2013 r., a zatem po dacie złożenia oświadczenia obejmującego w szczególności ofertę konsorcjum ACTION.

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

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

Tymczasem, ofertę konsorcjum ACTION 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 ACTION, niemniej pełnomocnictwo to zostało ustanowione w dacie późniejszej, niż data podpisania oferty, tj. w dniu 8 listopada 2013 r. Zgodnie z powyższym w dniu 7 listopada 2013 r. Pan M..... B..... ponad wszelką wątpliwość nie był upoważniony 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, iż 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 powyższych okolicznościach, podniósł, iż oferta została podpisana przez osobę, która nie była umocowana do samodzielnego reprezentowania konsorcjum ACTION, a wobec tego nie była uprawniona także do podpisania oferty w imieniu konsorcjum ACTION. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. oferta konsorcjum ACTION, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, a tym samym podlega odrzuceniu.

Oдноśnie 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, iż - zgodnie z Działem XIII SIWZ zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą każdy z wykonawców uczestniczących w postępowaniu złożył 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, iż 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 też, oświadczenie o braku podstaw wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy Pzp musi być złożone w stosunku do każdego z tych wykonawców. Tym samym, oferta konsorcjum ELGAMA powinna zawierać ww. oświadczenia dotyczące odrębnie każdego 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 także 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, że oświadczenie to jest składane w imieniu tylko jednego Wykonawcy.

Dodatkowo podniósł, iż 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 złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej; do oferty złożonej w aktualnym postępowaniu nie dołączono nowych pełnomocnictw). Z treści tych pełnomocnictw nie wynika upoważnienie 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, iż 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 każdego 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.

Odnosnie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż konsorcjum ELGAMA nie wniosło wadium w postępowaniu. Zgodnie z obowiązkiem ustawowym zamawiający zażądał złożenia 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 złożyło dokument zatytułowany Gwarancja bankowa Nr 1084/2013/TRA. Stwierdzić należy, iż dokument ten nie może zostać uznany za skutecznie ustanowione przez wykonawcę wadium.

Z treści ww. dokumentu wynika, iż Societe Generale S.A. Oddział w Polsce udzieliło gwarancji wadium w imieniu konsorcjum. Mając na uwadze okoliczność, iż złożenie oświadczenia w imieniu podmiotu trzeciego nie stanowi zobowiązania własnego (tj. złożonego w imieniu własnym), a jedynie złożenie oświadczenia jako przedstawiciel (pełnomocnik) tego podmiotu trzeciego, przyjąć należy, iż 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 może być wykonana wyłącznie przez bank (art. 5 ust. 4 Prawa bankowego). Stąd też gwarancja załączona do oferty konsorcjum ELGAMA nie może zostać

uznana za gwarancję bankową, ani też za żadną 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 można uznać, iż wadium zostało wniesione przez konsorcjum ELGAMA. Tym samym dokument określony jako „Gwarancja bankowa Nr 1084/2013/TRA” nie może 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, iż 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, iż w przedmiotowym postępowaniu, konsorcjum ELGAMA złożyło ofertę za łączną cenę 106 902 008,39 zł brutto. Cena ta jest ceną nierealną i poniżej kosztów wykonania zamówienia. Szczegółowe wyliczenia i dowody w tym zakresie odwołujący przedstawi w kolejnym piśmie, objętym tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, złożenie oferty zawierającej cenę ustaloną w powyższy sposób działanie konsorcjum ELGAMA miało ewidentnie na celu wyeliminowanie konkurujących przedsiębiorców z rynku właściwego. Konsorcjum ELGAMA złożyło ofertę zawierającą cenę wskazującą na sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia. Tym samym należy uznać, iż złożenie 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, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ACTION, pomimo iż złożona na przez konsorcjum Action oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż oferta złożona 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 upoważniła Pana M..... B..... do reprezentowania ACTION S.A. – BMCG Sp. z o.o. w prowadzonym postępowaniu, w szczególności do „złożenia w imieniu wykonawców ACTION S.A. – BMCG Sp. z o.o. oferty na rzecz Zamawiającego”.

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

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, co słusznie podniósł zamawiający, że o tym czy oferta konsorcjum ACTION została złożona przez osobę prawidłowo umocowaną decyduje data złożenia 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 już umocowany do działania w imieniu konsorcjum ACTION S.A. – BMCG Sp. z o.o., a tym samym do złożenia 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 złożenia oświadczenia woli. W dacie, w której oferta miała wywoływać skutki prawne, a więc w dacie, w której zostało złożone 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 złożenia 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, iż nie zostało wykazane, iż wobec żadnego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum ELGAMA nie zachodzą okoliczności określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

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

Konsorcjum ELGAMA w załączeniu do złożonej oferty złożyło „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 powyższy zakwestionował odwołujący, podnosząc iż zamawiający wymagał aby dokument taki złożył każdy z wykonawców, co w przypadku konsorcjum oznacza, iż oświadczenia takie powinny być złożone odrębnie przez każdego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a tego rodzaju sytuację wspólnego ubiegania się o zamówienie nazywa się konsorcjum. Bezspornym jest także, iż 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 również 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 każdy 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, iż oświadczenie takie musi być złożone na odrębnym druku oświadczenia w stosunku do każdego z wykonawców, działających łącznie w ramach konsorcjum.

Z treści kwestionowanego oświadczenia (z dnia 10 listopada 2013 r.) niewątpliwie wynika, że 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 iż, „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 upoważniona 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 każdej z tych spółek. Tym samym oświadczenie złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu poszczególnych wykonawców (członków konsorcjum) czyni zadość wymogowi złożenia 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, iż konsorcjum ELGAMA nie wniosło wadium nie potwierdził się.**

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

Dokument powyższy zakwestionował odwołujący, podnosząc m.in., iż dokument ten nie może zostać uznany za skutecznie ustanowione przez wykonawcę wadium.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła 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), że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z powyższego 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 pieniężnej, 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 złożony przez konsorcjum ELGAMA niewątpliwie posiada. Przede wszystkim z treści tego dokumentu wynika – wbrew twierdzeniom odwołującego – iż 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 zlecniodawcą gwarancji nie musi być wyłącznie wykonawca, ale może nim być również podmiot trzeci, gdyż zlecenie udzielenia gwarancji nie jest przesłanką warunkującą ważność zobowiązania banku, a tym samym nie jest istotne, kto jest jej zlecniodawcą. Istotne jest jedynie to aby, w konkretnym postępowaniu, wadium w postaci gwarancji bankowej wniesionej przez określonego wykonawcę zabezpieczało interesy beneficjenta tej gwarancji. Z treści złożonej gwarancji bankowej niewątpliwie wynika, iż 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.), także 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 również klauzulę dotyczącą bezwarunkowości płatności sumy gwarancyjnej („zrealizujemy płatność (...) nieodwołalnie i bezwarunkowo, na każde pisemne żądanie 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 należytego wykonania umowy; zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”) oraz „w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo Zamówień Publicznych”. Wobec powyższego, 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, iż jej wystawcą jest *de facto* konsorcjum ELGAMA, nie znajduje potwierdzenia w treści kwestionowanej gwarancji bankowej. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone 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 złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....