

Sygn. akt: KIO 510/16

**WYROK**  
**z dnia 19 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**     **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie:**         **Aneta Mlącka**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant:**       **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **IDT Biologika GmbH** Am Pharmapark, D-06861 Dessau-Roßlau (Niemcy), **PRO-WET Ś., W. Spółka Jawna** z siedzibą w Koszalinie, ul. Okrężna 11, 75-736 Koszalin

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Centrum Usług Wspólnych**, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa działające w imieniu i na rzecz Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii w: Lublinie, Krakowie, Siedlcach, Krośnie, Białymstoku, Gdańsku, Katowicach, Kielcach, Olsztynie

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Bioveta a.s.**, z siedzibą w Komenského 212/12, 683 23 Ivanovice na Hané (Czechy), **G.-G. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „INEX” Spółka Jawna** z siedzibą w Giżycku przy ul. Białostockiej 12, 11-500 Giżycko, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 kwietnia 2016 r. oraz nakazuje wezwanie Konsorcjum Bioveta a.s., G.-G. PPHU „INEX” Sp. J. do złożenia wyjaśnień w trybie**

**art. 90 ust. 1 Ustawy. Oddala zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy.**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: IDT Biologika GmbH, Am Pharmapark, D-06861 Dessau-Roßlau (Niemcy), PRO-WET Ś., W. Sp.J. z siedzibą w Koszalinie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego - Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: IDT Biologika GmbH, Am Pharmapark, D-06861 Dessau-Roßlau (Niemcy), PRO-WET Ś., W. Sp.J. z siedzibą w Koszalinie kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych (zamawiający centralny), działające w imieniu i na rzecz Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii w: Lublinie, Krakowie, Siedlcach, Krośnie, Białymstoku, Gdańsku, Katowicach, Kielcach, Olsztynie, w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę szczepionki doustnej przeciwko wściekliźnie lisów wolno żyjących do 9 (dziewięciu) Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii* (nr sprawy 2016/1), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 034-054607 w dniu 18 lutego 2016 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia: IDT Biologika GmbH i PRO-WET Ś., W. Sp. j. (dalej jako Odwołujący) - sygn. akt KIO 510/16.

Zamawiający o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum w składzie Bioveta a.s. i G.-G. P.P.H.U. „INEX” Sp. j. (dalej jako Konsorcjum Bioveta), poinformował Odwołującego w dniu 01.04.2016 r. (faksem).

Do postępowania odwoławczego przystąpiło w dniu ... 2016 r. po stronie Zamawiającego Konsorcjum Bioveta.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, tj.:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Bioveta pomimo, iż złożona w ofercie gwarancja wadialna nie zabezpiecza oferty Konsorcjum Bioveta;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Bioveta do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo, iż kwota jego oferty jest niższa o więcej niż 30% w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia ustalonej na kwotę 15.560.457,36 PLN (bez VAT), jak również wartości środków jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. 16.805.293,95 PLN.;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Bioveta jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. wykluczenia Konsorcjum Bioveta z postępowania,
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

5. w braku uznania zasadności wykluczenia Konsorcjum Bioveta z postępowania, wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Bioveta w tym zakresie.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy Odwołujący odniósł się do podstawy wykluczenia Konsorcjum Bioveta z postępowania, wskazując na złożoną wraz z ofertą gwarancję zapłaty wadium z 17.03.2016 r. Gwarancja wadium o nr 25 1020 3541 0000 5196 0078 1260 wystawiona przez PKO BP S.A. na zlecenie G.-G. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „INEX” Sp. J. dla Zamawiającego wskazuje i definiuje „Wykonawcę”, tj. Zobowiązanego z gwarancji jedynie G.-G. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „INEX” Sp. j., tj. partnera Konsorcjum Bioveta i tym samym nie stanowi zabezpieczenia oferty, wymaganego przepisami Pzp oraz postanowieniami rozdziału III siwz.

Z treści gwarancji wynikać ma, iż gwarant został powiadomiony, że w przetargu ofertę zamierza złożyć G.-G. P.P.H.U. „INEX” Sp. j., a nie Konsorcjum, a zatem ofertę tego wykonawcy, a nie ofertę Konsorcjum Bioveta, zabezpiecza.

Odnosząc się do definicji gwarancji bankowej Odwołujący wskazał, iż jest ona zobowiązaniem w ramach którego gwarant (bank) zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta (w tym przypadku Zamawiającego) w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych w treści gwarancji. W żadnym razie „zobowiązany z gwarancji” nie jest automatycznie „podmiot zlecający wystawienie gwarancji” – wręcz przeciwnie, podmiot zlecający wystawienie gwarancji może jako zobowiązanego z gwarancji wskazać podmiot trzeci, zupełnie nawet nie związany z podmiotem zlecającym. Kluczowe jest zatem precyzyjne określenie zobowiązanego z gwarancji bankowej (w przedmiotowej gwarancji – należyte zdefiniowanie „Wykonawcy”). Gwarancja złożona Zamawiającemu pozbawi go możliwości zatrzymania wadium w przypadku wystąpienia po stronie Konsorcjum Bioveta okoliczności wskazanych w art. 46 ustawy Pzp. Nie ma natomiast przeszkód, aby gwarancja została ustalona przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony powinno nastąpić na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum, tj. w imieniu i na rzecz Konsorcjum.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowej gwarancji podmiot zlecający wystawienie gwarancji występuje w podwójnej roli i jest również zobowiązany z gwarancji. Tym samym Konsorcjum Bioveta nie jest zobowiązany z gwarancji wystawionej na zlecenie G.-G. PPHU „INEX” Sp. j., a zatem w przypadku wystąpienia po stronie Konsorcjum Bioveta okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, warunkujących zapłatę wadium, Zamawiający nie byłby uprawniony do żądania od PKO BP S.A. zapłaty sumy gwarantowanej, bowiem zabezpiecza ona wyłącznie ofertę, którą G.-G. PPHU „INEX” Sp. J.

samodzielnie planowało złożyć w postępowaniu. Brak wskazania w treści gwarancji wszystkich podmiotów, które wspólnie złożyły ofertę powoduje trudności w przypisaniu wadium do konkretnej oferty, a wystawca dokumentu wadium może uniknąć konieczności zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji (np. w przypadku, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie jednego z konsorcjantów nie wskazanego w treści gwarancji).

Swoje stanowisko Odwołujący opierał między innymi na wyroku KIO z 1 lipca 2015 r., sygn. KIO 1251/15, w którym Izba przyjęła, iż przy braku możliwości przypisania solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie na etapie przed zawarciem umowy, nie można przyjąć, iż odpowiadają oni na tej zasadzie za wniesienie wadium. Potrzeba zagwarantowania zamawiającemu pewności w uzyskaniu świadczenia od gwaranta wymaga jasności zasad odpowiedzialności gwaranta. W ocenie Izby na warunki zapłaty składa się także wskazanie za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy gwarant odpowiada, a niejednoznaczne określenie podmiotu może być podstawą zarzutów банку wobec beneficjenta gwarancji. Izba uznała, iż wystawienie gwarancji na jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie nie zapewnia realizacji celu wadium.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na argumenty podnoszone przez Izbę w wyroku z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1936/15, w którym dodatkowo zwrócono uwagę na brak przeszkód w tym, aby umowa gwarancji została zawarta przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej powinno nastąpić na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Stanowisko to zostało zweryfikowane przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w wyroku z 22.01.2016 r., sygn. akt XII Ga 697/15, utrzymał wyrok Izby.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 90 Ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Bioveta do złożenia wyjaśnień Odwołujący wskazał na różnicę ceny tej oferty w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia oraz kwoty środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przekraczającą poziom 30%, co obligowało Zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Odwołujący wyliczył, iż w odniesieniu do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (15.560.457,36 PLN bez VAT), kwota niższa o 30% wynosi 10.892.320,15 PLN, a przy zwiększeniu szacunku o stawkę podatku VAT, kwota niższa o 30 % wyniosłaby 11.763.705,76 PLN. Zamawiający podał kwotę środków jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przy otwarciu ofert w wysokości odpowiadającej wartości szacunkowej, zwiększonej o stawkę podatku VAT, tj. 16.805.293,95 PLN. Średnia arytmetyczna wszystkich

złożonych ofert wynosi w postępowaniu 9.876.795,55 PLN (brutto), tym samym kwota niższa o 30% wynosi 6.913.756,88 PLN.

Cena, jaką zaproponowało Konsorcjum Bioveta wynosi 7.223.328,10 PLN (brutto) i znacząco odbiega od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o stawkę podatku VAT oraz kwoty środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co obligowało Zamawiającego do wystąpienia o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Postępowanie prowadzone jest według zasad obowiązujących dla zamówień powyżej wartości, od której uzależniony jest obowiązek ogłoszenia zamówienia w publikatorze unijnym. Odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie. Do postępowania odwoławczego dopuszczony został wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego – Konsorcjum Bioveta.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron i uczestnika postępowania, przed skierowaniem sprawy do rozpoznania na rozprawę, Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Bioveta do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponieważ Ustawa w art. 186 Ustawy nie przewiduje wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak również możliwości umorzenia w części postępowania odwoławczego, Izba na podstawie art. 187 ust. 1 i art. 189 ust. 4 Ustawy skierował odwołanie na rozprawę i rozpoznała je w całości.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia wymagającego ochrony oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, będące wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Zamawiający na rozprawie wskazywał, iż Odwołujący, który zaoferował cenę przekraczającą środki, jakie może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie uzyska przedmiotowego zamówienia, a zatem naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Ustawy, nie narusza interesu tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, jak również nie może prowadzić do

powstania szkody w związku z brakiem udzielenie zamówienia. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, należało wskazać, iż w stanie faktycznym, jaki wynika z czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu brak jest podstawy do stwierdzenia, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, a także nie może ponieść szkody spowodowanej udzieleniem zamówienia innemu wykonawcy w tym postępowaniu. W całości należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażone w wyroku z dnia 29.12.2014 r., sygn. akt XII Ga 713/14, iż interes, o jakim mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy może mieć charakter faktyczny, który zachodzi wtedy, gdy wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, lecz nie może tego poprzeć przepisami prawa. Chodzić może zatem o interes nakierowany na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej. Interes musi dotyczyć prowadzonego (jeszcze trwającego) postępowania, a nie hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w innym jeszcze nie wszczętym postępowaniu. Posiadanie interesu musi zostać ocenione pod kątem osiągnięcia celu – uzyskania zamówienia, w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności, czy zaniechań zamawiającego. Taki kontekst sytuacyjno-prawny, czyli zespół okoliczności, który faktycznie umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia, pozwala na uznanie posiadania interesu. I co istotne, interes w uzyskaniu zamówienia badany jest w momencie wniesienia odwołania.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy Izba uznała, iż Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania na czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, której utrzymanie powoduje, że Odwołujący traci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, o które się ubiegał składając ofertę. Izba uznała, iż okoliczności związane z ustaleniem wysokości środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia mogą ulec zmianie w toku postępowania, gdyby dysponenci tych środków (na rzecz których prowadzone jest postępowanie) uznali, że mogą przeznaczyć dodatkowe kwoty ponad te wskazane Zamawiającemu na etapie szacowania wartości zamówienia. Sam Zamawiający przyznał, iż jako Zamawiający Centralny nie dysponuje środkami na sfinansowanie zamówienia, co czyniło jego stwierdzenie, iż nie jest możliwe uzyskanie większej kwoty środków gołosłownym i nie mającym podstawy w stanie faktycznym, z którego nie wynika aby Zamawiający występował do podmiotów na rzecz których prowadzi postępowanie z zapytaniem dotyczącym możliwości sfinansowania zakupu szczepionek po cenie zaproponowanej przez Odwołującego, a podmioty te taką możliwość wykluczyły. W świetle powyższego Izba nie miała podstaw do tego, aby odmówić Odwołującemu prawa do zaskarżenia czynności Zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej. Ponadto, skoro na etapie otwarcia ofert, kwota środków podana przez Zamawiającego była wyższa od ceny, jaką zaproponował Odwołujący, to na etapie wniesienia odwołania mógł on zakładać celowość skorzystania z środków ochrony prawnej. Dodatkowo, w ocenie Izby

ewentualne stwierdzenie, że środki jakie zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia są za małe musiałyby przybrać formę decyzji o unieważnieniu postępowania, której zasadność mogłaby być poddana weryfikacji Izby w wyniku rozpoznania odwołania. W niniejszej sprawie skarżona jest decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej, a zatem Odwołujący, który złożył droższą ofertę ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w następstwie dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Ustawy.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, wynikających z dokumentacji postępowania, w szczególności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), gwarancji bankowej, protokołu postępowania oraz wyjaśnień i stanowisk stron prezentowanych na rozprawie oraz w piśmie procesowym przystępującego.

- 1) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Bioveta pomimo, iż złożona w ofercie gwarancja wadialna nie zabezpiecza oferty Konsorcjum Bioveta.

Zamawiający w siwz Rozdział III wymagał od Wykonawców wniesienia wadium w wysokości 280.000,00 zł przed upływem terminu składania ofert. W przypadku wnoszenia wadium w formie dokumentu (gwarancje, poręczenia) Zamawiający wymagał złożenia oryginalnego dokumentu w ofercie, a także zawarcia w nim klauzuli o *gwarantowaniu wypłaty należności w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy i na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Tak wnoszone wadium powinno zabezpieczać złożoną ofertę na cały okres związania ofertą, poczynając od dnia składania ofert (pkt 5). Nie wniesienie wadium w wymaganym terminie (także na przedłużony okres związania ofertą), w wymaganej wysokości lub dopuszczonej formie skutkuje wykluczeniem Wykonawcy z postępowania (pkt 6).*

Konsorcjum wraz z ofertą załączyło *Umowę Konsorcjum z dnia 23.03.2016r., pełnomocnictwa z dnia 23.03.2016 r. do reprezentowania (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...), a także do zawarcia umów o realizację tego zamówienia publicznego.* W umowie konsorcjum, w § 11 strony ustaliły, iż *koszty złożenia wadium, jak też samo jego złożenie leży po stronie Dystrybutora, tj. G.-G. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „INEX” Sp. j.* Taki sposób rozłożenia ciężaru i obowiązku związanego z wniesieniem wadium potwierdza również przedłożone na rozprawie *porozumienie wykonawcze do Umowy konsorcjum z dnia 23.03.2016 r., w którym Dystrybutor zobowiązał się do wniesienia wymaganego wadium w sposób i w wysokości określonej przez Zamawiających (pkt 2 lit. b).*



Tytułem wadium złożona została w ofercie gwarancja bankowa wystawiona w dniu 17.03.2016 r., przez PKO BP SA Regionalne Centrum Korporacyjne w Olsztynie na rzecz Centrum Usług Wspólnych IGB w przetargu nieograniczonym nr 2016/1 na **dostawę szczepionek doustnych przeciwko wściekliznie lisów wolno żyjących do 9 (dziewięciu) Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii**, w którym wysokość wadium wynosi 280 000,00 zł (słownie złotych: dwieście osiemdziesiąt tysięcy 00/100). W treści gwarancji wskazane zostało, iż działając na zlecenie Wykonawcy, gwarantujemy niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonanie na Państwa rzecz płatności do łącznej kwoty 280 000,00 zł (słownie złotych: dwieście osiemdziesiąt tysięcy 00/100), na Państwa pierwsze, pisemne, oryginalne żądanie wypłaty, podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, zawierające numer gwarancji, wysokość żądanej kwoty oraz oświadczenie (zwane dalej „Oświadczeniem”), stwierdzające, że Wykonawca: 1) nie zastosował się do warunków Oferty i pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą: a) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub b) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub 2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.1 PZP, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, co powodowało brak możliwości wybrania Oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. W treści gwarancji, jako Wykonawca określony został klient banku – G.-G. PPHU „INEX” Sp. J. z siedzibą w Giżycku, który ma zamiar złożyć swoją ofertę (zwaną dalej „Ofertą”).

**Mając na uwadze przywołaną powyżej treść siwz, treść gwarancji bankowej Izba zważyła.**

Zarzut braku zabezpieczenia oferty Konsorcjum Bioveta wadium, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Oddalając zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Bioveta, Izba miała na uwadze postanowienia siwz oraz przepisy Ustawy, dotyczące wadium składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także art. 23 ust. 3 Ustawy, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący w swoim stanowisku sugerował, iż gwarancja bankowa złożona w ofercie Konsorcjum Bioveta (wskazująca jako wykonawcę – G.-G. PPHU „INEX” Sp. J. – partnera konsorcjum), nie może być uznana za skuteczną w świetle zapisów siwz oraz Ustawy. Izba

ustaliła, iż Zamawiający w siwz wymagał od wykonawców wniesienia wadium w jednej z form przewidzianych w art. 45 ust. 6 Ustawy, nie wprowadzając żadnych dodatkowych ograniczeń, czy też wymagań co do sposobu wniesienia wadium przez konsorcjum, w szczególności nie wymagał, aby w treści gwarancji przetargowej wskazani byli wszyscy konsorcjanci. Podobnie, w przypadku wnoszenia wadium w formie pieniężnej Zamawiający nie przesądzał o tym, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (np. Lider) miałby dokonać wpłaty na rachunek bankowy, albo czy wpłata powinna pochodzić od każdego z konsorcjantów w jakiejś części. Nie budzi wątpliwości, iż przepisy Ustawy również nie zawierają odmiennej regulacji co do obowiązku wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w szczególności nie wymagają, aby każdy z nich zabezpieczył ofertę wadium. W przepisach odnoszących się wprost do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, ustawodawca nałożył jedynie obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 Ustawy), a także przewidział możliwość żądania przez zamawiającego przedłożenia przed zawarciem umowy, a po wyborze oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej, umowy regulującej współpracę tych wykonawców (art. 23 ust. 4 Ustawy). Przywołane przepisy mają zatem na celu wskazanie przedstawiciela wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z którym Zamawiający będzie prowadził korespondencję w postępowaniu, w tym kierował wezwania, odbierał oświadczenia i informował o podjętych czynnościach wobec oferty wspólnej, ze skutkiem dla wszystkich podmiotów występujących w konsorcjum. W ocenie Izby, powyższe nie przesądza o tym, czy wadium składane w celu zabezpieczenia oferty wspólnej musi być wniesione przez pełnomocnika, czy też dopuszczalnym jest jego ustanowienie/wniesienie przez każdego z konsorcjantów. Nie może budzić zastrzeżeń, iż złożenie wadium wymaga podjęcia czynności jeszcze przed złożeniem oferty, którą ma ono zabezpieczać (np. dokonanie przelewu w terminie pozwalającym na stwierdzenie, że środki zostały przekazane na rachunek zamawiającego przed upływem terminu na złożenie oferty, czy też wystąpienie o wystawienie dokumentów wadialnych do podmiotów zewnętrznych, składanych razem z ofertą) co wskazuje, że w tym zakresie konsorcjanci dokonują uzgodnień, które nie muszą być udokumentowane przed zamawiającym w treści pełnomocnictwa. Wskazanie w ofercie pełnomocnika do reprezentowania konsorcjum przed zamawiającym/zawarcia umowy, nie wyklucza wcześniejszych uzgodnień pomiędzy stronami umowy konsorcjum w zakresie dotyczącym ustalenia kto dokona wpłaty/wniesienia wadium zabezpieczającego wspólną ofertę. Wobec powyższego samo ustalenie, który z konsorcjantów dokonał wniesienia wadium nie ma istotnego znaczenia dla stwierdzenia, że oferta jest zabezpieczona wadium. Konieczne jest natomiast prawidłowe przypisanie wadium do oferty złożonej w terminie, na co pozwala

identyfikacja podmiotu wskazanego, tu jako zlecający wystawienie gwarancji bankowej. Na marginesie Izba wskazuje, że w świetle umowy konsorcjum dołączonej do oferty Zamawiający nie miał kłopotów z ustaleniem, że wadium zostało wniesione przez konsorcjanta, zgodnie z uzgodnieniami poprzedzającymi złożenie oferty w postępowaniu. Podobnie, Zamawiający w przypadku wskazania w treści gwarancji, iż wykonawca zamierza złożyć ofertę wspólną (takie określenie ma dawać większą pewność, iż gwarant obejmuje swoim zobowiązaniem działania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – vide wyrok SO w Gdańsku z 22.01.2016 r., sygn. XII Ga 697/15, str. 10) również dopiero w oparciu o treść oferty mógłby zidentyfikować wszystkie podmioty, które złożyły ofertę wspólną. Stąd sama identyfikacja składu konsorcjum ma znaczenie wtórne, a istotnym pozostaje treść zobowiązania złożonego przez gwaranta.

W świetle powyższego, rozstrzygnięcie Izby sprowadzało się do ustalenia, czy wadium wniesione w formie gwarancji bankowej, określającej jako wykonawcę tylko jeden z podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (partnera), może być traktowane jako wadium skutecznie zabezpieczające ofertę wspólną wykonawców tworzących konsorcjum.

W świetle przepisów Ustawy, wymagane jest, aby wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, w wysokości wskazanej przez zamawiającego, oraz w jednej z form, co Zamawiający powtórzył i doprecyzował (w zakresie kwoty), w rozdziale III siwz. Zamawiający oczekiwał zawarcia w dokumencie wadialnym klauzuli o *gwarantowaniu wypłaty należności w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy i na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego*, nie zawarł natomiast w siwz szczególnych wytycznych co do sposobu wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Skoro zatem wykonawcy nie mieli na etapie składania oferty informacji, iż koniecznym jest wskazanie w treści gwarancji/poręczenia wszystkich podmiotów składających ofertę wspólną, to Zamawiający na etapie badania zabezpieczenia oferty wadium nie mógł powoływać się na nowe podstawy dla uznania, iż wadium nie zabezpiecza oferty w sposób prawidłowy i skuteczny. W tej sytuacji, dla oceny ważności wadium znaczenie miały wyłącznie postanowienia Ustawy, które wymagają zabezpieczenia oferty wadium w wysokości i formie wskazanej przez Zamawiającego w siwz. W tym miejscu przywołać należy fragment z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14.10.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15, potwierdzający prawidłowości stanowiska Izby w stwierdzeniu, iż *przepisy ustawy PZP nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, jednakże pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu zapisy SIWZ*.

Odwołujący poparcia dla swojego stanowiska poszukiwał w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych, które nie jest w tym zakresie jednolite i możliwe jest przywołanie zarówno orzeczeń, które potwierdzają tezy Odwołującego, jak i te które im przeczą. Mając na uwadze te rozbieżności Izba rozpoznając zarzut miała na względzie stan faktyczny, w którym brak było szczególnych wytycznych w siwz dla wniesienia wadium zabezpieczającego ofertę wspólną, a także treść dokumentu wadialnego, który nie mógł być oceniany w oderwaniu od jego istoty, jako zobowiązania o charakterze abstrakcyjnym opatrzonego klauzulą *na pierwsze żądanie*, złożonego przez gwaranta zamawiającemu w konkretnym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie przychyliła się do stanowiska wyrażonego w przywołanym powyżej wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, zmieniającego wyrok Izby z 1 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1251/15, do którego odsyłał Odwołujący w odwołaniu, iż gwarancja bankowa, niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP, zabezpiecza roszczenie zamawiającego o wypłatę kwoty zabezpieczenia z tytułu wystawionej gwarancji ubezpieczeniowej. W ocenie Izby, należy przede wszystkim uwzględnić naturę stosunku zobowiązaniowego, jaki powstaje w wyniku złożenia zobowiązania do wypłaty kwoty opatrzonego klauzulą „nieodwoalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie”, która kreuje abstrakcyjne zobowiązanie wobec beneficjenta, niezależne od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Zgodnie w orzecznictwie przyjmuje się, że abstrakcyjny charakter zobowiązania uniemożliwia skuteczne podniesienie zarzutów przeciw wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) ze stosunku podstawowego, a gwarant zobowiązany jest do świadczenia już z momentem przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. W doktrynie prawa bankowego niekiedy twierdzi się nawet, że klauzula „na pierwsze żądanie” oznacza zobowiązanie do zapłaty bez względu na to, czy nastąpił zabezpieczony rezultat (vide wyrok SO w Warszawie z 14.10.2015 r., sygn. XXIII Ga 1313/15). Wskazuje to zatem, iż ubezpieczyciel nie może w celu uniknięcia wypłaty świadczenia pieniężnego na pierwsze żądanie zamawiającego podnosić zarzutów dotyczących zasadności żądania zapłaty, w szczególności badać, czy doszło do ziszczenia się przesłanek do zatrzymania wadium zabezpieczającego ofertę złożonej zamawiającemu w konkretnym postępowaniu. Odwołujący poza powołaniem się na orzecznictwo, w którym wskazuje się na ryzyko braku uzyskania świadczenia od gwaranta, nie przedstawił dowodu z którego wynikałoby, iż do takiego zdarzenia kiedyś doszło tylko na tej podstawie, iż w treści gwarancji bankowej nie zostały wskazane wszystkie podmioty, które złożyły ofertę wspólną, a z ich działaniem związane było wystąpienie podstawy do żądania wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej tytułem wadium.

W ocenie Izby nie jest prawidłowym dokonywanie na podstawie wystawionego dokumentu gwarancji wadialnej ustaleń związanych ze stosunkiem podstawowym, jaki powstaje na skutek złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie czynność złożenia oferty stanowi inną czynność prawną, niezależną od wniesienia wadium, dlatego też ustalenie treści zakresu zobowiązania, jak i stron czynności prawnej wynikać może wyłącznie z treści oferty złożonej zamawiającemu (vide wyrok KIO z 15.04.2016 r., sygn. akt KIO 466/16). Nie budziło wątpliwości, iż gwarancja zabezpiecza ofertę złożoną w postępowaniu opisanym w treści dokumentu zgodnie z oznaczeniem wskazanym przez Zamawiającego w siwz. Izba uznała, iż wskazanie w treści gwarancji jako Wykonawcy – klienta banku – G.-G. PPHU „INEX” Sp. J., miało na celu wyłącznie określenie podmiotu, na którego zlecenie bank wystawił na rzecz Zamawiającego gwarancję, na co wskazuje sformułowanie *działając na zlecenie Wykonawcy (...), który ma zamiar złożyć swoją ofertę (zwaną dalej „Ofertą”).* W ocenie Izby, brak jest podstaw do wywodzenia ze sposobu oznaczenia zlecającego, iż nie zabezpiecza ona jego oferty złożonej wspólnie z innym podmiotem. Takiego ograniczenia odpowiedzialności gwaranta nie zawiera dokument wadialny. Przeciwnie, gwarant zrzekł się wszystkich praw sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, przyjmując na siebie zobowiązanie do zapłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie zamawiającego. W ocenie Izby istotnym jest, aby wadium prawidłowo wskazywało zamawiającego oraz postępowanie w jakim jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń szczegółowo opisanych w treści gwarancji. Można również wyobrazić sobie sytuację, w której gwarancja wystawiona zostałaby na zlecenie podmiotu, który nie składa oferty ale występuje o wystawienie dokumentu celem zabezpieczenia oferty złożonej przez inny podmiot (podmioty) konkretnemu zamawiającemu w danym postępowaniu, i wówczas oznaczenie tego podmiotu w treści gwarancji nie będzie identyfikowało wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu. Należy zauważyć, iż w treści gwarancji wskazuje się na podstawę wypłaty należnej kwoty na pisemne wezwanie do zapłaty zawierające oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w pkt 4, stanowiącą podstawę wezwania do zapłaty, bez wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń co do przyczyn uchybienia tym zobowiązaniom. Zatem, w sytuacji gdy nie ma wątpliwości co do identyfikacji oferty, którą zabezpiecza wadium wystawione w formie gwarancji/poręczenia, nie ma podstaw do kwestionowania możliwości skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta zabezpieczona jest wadium nie wykona czynności, z którymi Ustawa wiąże skutek w postaci zatrzymania wadium. W ocenie Izby, nie można skutecznie podważyć ustalenia, iż wadium zabezpiecza konkretną ofertę, złożoną zamawiającemu w tym przetargu, sporządzoną wspólnie również przez podmiot wskazany w treści gwarancji. Należy zauważyć, iż gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona przed

sporządzeniem i złożeniem oferty, co pozwala przyjąć, że dla skuteczności zobowiązania gwaranta do spełnienia świadczenia nie ma znaczenia treść oferty i jej zakres. Skoro gwarant nie bada przed wystawieniem gwarancji oferty, należy przyjąć, iż nie ma to znaczenia dla skuteczności zobowiązania złożonego zamawiającemu wypłaty kwoty zabezpieczonej tytułem wadium w przypadku wystąpienia którejś z okoliczności wskazanych w treści dokumentu. Stąd oznaczenie Wykonawcy w treści gwarancji ma jedynie znaczenie identyfikujące ofertę złożoną w postępowaniu, do której załączono oryginał gwarancji.

Podsumowując, brak jest podstaw do przyjęcia, iż gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium wystawiona na zlecenie jednego z podmiotów tworzących konsorcjum nie zabezpiecza w całości roszczeń Zamawiającego związanych z naruszeniem obowiązków przez wykonawcę, tu Konsorcjum Bioveta. Izba w całości podziela wywoływanym już wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1313/15, iż *to nie wspólnik (konsorcjant) lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl.). Powyższe zaś oznacza, że w razie wezwania pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregokolwiek uczestnika, zwłaszcza lidera konsorcjum oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania przez zamawiającego wadium niezależnie od tego, kto w gwarancji wadialnej został wymieniony jako wykonawca.*

- 2) Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Bioveta do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający na posiedzeniu bezpośrednio przed otwarciem rozprawy uwzględnił ten zarzut, a na rozprawie składał wyjaśnienia dotyczące podstawy ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, która po zwiększeniu o stawkę VAT stanowiła kwotę środków przeznaczonych na zakup szczepionek. Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, przedłożoną na rozprawie korespondencję mailową Zamawiającego z Wojewódzkimi Inspektoratami Weterynarii, a także zestawienie zbiorcze ofert (fragment protokołu ZP), sporządzając ich kopie do akt sprawy.

Odwołujący wskazywał na różnicę ceny oferty Konsorcjum Bioveta do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (15.560.457,36 zł. netto) oraz wysokości środków, jakie

Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (16.805.293,95 zł. brutto) – podanej przy otwarciu ofert w dniu 30.03.2016 r. Odwołujący wyliczył średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert na kwotę 9.876.795,55 PLN (brutto), dla której kwota niższa o 30% wynosi 6.913.756,88 PLN. Cena oferty Konsorcjum Bioveta wynosi 7.223.328,10 PLN (brutto).

Na podstawie wyjaśnień Zamawiającego oraz fragmentów protokołu postępowania Izba ustaliła, iż wartość szacunkowa zamówienia wskazana przez Odwołującego w kwocie netto, obejmowała wartość zamówienia podstawowego oraz opcji (zwiększenia zamówienia do 50% ilości szczepionek objętych zamówieniem podstawowym – rozdział II. pkt 6 i 7 siwz). Wartość zamówienia podstawowego ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 10.373.638,24 zł. (netto), tj. 11.424.463,44 zł. brutto – wskazana pod zestawieniem zbiorczym ofert, jako kwota środków przeznaczonych na realizację zamówienia (dla 9 WIW). Zamawiający okazał korespondencję, jaką prowadził z jednostkami, na rzecz których mają być dostarczane szczepionki, w której każdy z dziewięciu Wojewódzkich Inspektoratów Weterynarii określał wysokość środków przeznaczonych na zakup szczepionek (1.900.000 zł – WIW Lublin; 1.521.730,34 – WIW Kraków; 1.425.477,00 zł. – WIW Siedlce; 1.621.800,00 zł – WIW Krosno; 1.455.688,80 zł – WIW Białystok; 158.000 zł – WIW Gdańsk; 665.767,30 zł – WIW Katowice; 1.050.000,00 zł – WIW Kielce; 1.626.000,00 zł – WIW Olsztyn), składające się na łączną kwotę środków przeznaczonych na zakup szczepionek – 11.424.463,44 zł. brutto, w ramach zamówienia podstawowego. Kwota środków podana przez Zamawiającego przy otwarciu ofert - 16.805.293,95 zł. brutto obejmowała zamówienie podstawowe wraz z opcją.

W stosunku do kwoty środków rzeczywiście przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, oferty poniżej kwoty 7.997.124,42 zł. brutto są tańsze o ponad 30% od wartości zamówienia podstawowego.

Konsorcjum Bioveta zaoferowało dostawę szczepionek za cenę brutto 7.223.328,10 PLN.

### **Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia, Izba zważyła.**

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Izba na podstawie art. 192 ust. 7 Ustawy związana jest zakresem zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, który wyznacza podstawą faktyczną, jaką w niniejszej sprawie stanowiły okoliczności związane z ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia (wysokości środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia) oraz wysokość ceny Konsorcjum Bioveta, a które w ocenie Odwołującego uzasadniały wezwanie Konsorcjum Bioveta do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Na wstępie Izba zauważa, iż kwalifikacja prawna czynności, której zaniechanie wykonania jest podstawą zarzutu, tj. wezwania do złożenia wyjaśnień, powinna prawidłowo identyfikować obowiązek podjęcia działania wskazany w art. 90 ust. 1 Ustawy, dotyczący podstawy do wezwania o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazanie w postawie prawnej zarzutu przepisu art. 90 ust. 3 Ustawy nie stoi jednak na przeszkodzie do dokonania przez Izbę prawidłowej subsumcji stanu faktycznego, do normy z naruszeniem, której Odwołujący wiąże podstawę zarzutu, tj. art. 90 ust. 1 Ustawy i dokonanie w oparciu o tą kwalifikację oceny czynności Zamawiającego.

Izba oceniając zasadność zarzutu nie mogła pominąć istotnej okoliczności jaka wynikła w trakcie wyjaśnienia stanu faktycznego, a dotyczącej sposobu szacowania wartości zamówienia, które obejmowało wycenę wartość zamówienia podstawowego i wartość opcji przewidzianej w siwz na poziomie do 50% ilości szczepionek objętych zamówieniem podstawowym. Zgodnie z art. 34 ust. 5 Ustawy *jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji*. W sytuacji gdy wartość zamówienia uwzględnia opcję (co ma miejsce w niniejszej sprawie), w celu ustalenia czy nie zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny należy porównywać cenę z kwotą szacowaną dla zamówienia podstawowego, wycenionego w ofercie. Odwołujący dokonując obliczenia poziomu różnicy pomiędzy ceną oferty Konsorcjum Bioveta, a wartością zamówienia/kwotą środków przeznaczonych na zakup odnosił się do kwoty podanej przez Zamawiającego przy otwarciu ofert, tj. kwoty środków obejmującej zakup zamówienia podstawowego wraz z opcją. Zamawiający przyznał się do omyłki polegającej na podaniu na otwarciu kwoty, która przekracza kwotę środków przeznaczonych na zakup zamówienia podstawowego, wycenionego w ofertach przez wykonawców. Izba przyjęła jako wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego poparte korespondencją przedstawioną na rozprawie oraz fragmentem protokołu postępowania, iż wartość szacunkowa zamówienia podstawowego zawierała się w kwocie 10.373.638,24 zł. (netto), tj. 11.424.463,44 zł. brutto. Do tej kwoty należało zatem odnieść cenę oferty Konsorcjum Bioveta (7.223.328,10 PLN brutto) w celu ustalenia, czy nie jest ona tańsza o co najmniej 30% od wartości zamówienia. Odnosząc się do wartości zamówienia wyrażonej kwotą brutto, cena poniżej 7.997.124,42 zł., wskazywałaby na konieczność przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy. Ponieważ oferta Konsorcjum Bioveta była niższa od wyliczonej powyżej kwoty, Zamawiający dokonując wyboru tej oferty bez wcześniejszego wystąpienia o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, dopuścił się naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy, w którym wskazany poziom różnicy ceny (30%) uznany został za uzasadniający podejrzenie zaofiarowania rażąco niskiej ceny. Izba uznała, iż złożone w



piśmie procesowym Przystępującego wyjaśnienia oraz dowody mające wskazywać, iż cena nie jest rażąco niska, nie mogły być uwzględnione jako okoliczności powodujące, że naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający nie może mieć wpływu na wynik postępowania, co miałyby prowadzić do oddalenia w tym zakresie odwołania. W ocenie Izby, nie jest możliwym uwzględnienie na etapie postępowania odwoławczego okoliczności, z którymi Zamawiający nie miał możliwości się zapoznać przed podjęciem skarżonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto, jako nowe, wykraczające poza stan faktyczny w jakim Zamawiający podejmował czynności w postępowaniu, nie mają faktycznie znaczenia dla oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Dopiero ich *wprowadzenie* do postępowania w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 Ustawy umożliwi Zamawiającemu ustalenie, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Bioveta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy. Tym samym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem koniecznej, w niniejszym stanie sprawy, procedury wyjaśniającej, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dopiero umożliwienie Konsorcjum Bioveta wykazania, że cena jaką zaoferowało nie jest rażąco niska, umożliwi podjęcie prawidłowej decyzji co do wyniku postępowania.

W związku z potwierdzeniem się zarzutu omówionego w pkt 2, koniecznym było uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności związanych z badaniem oferty Konsorcjum Bioveta i oceną ofert niepodlegających odrzuceniu. Ustawa w art. 192 ust. 1 określa rozstrzygnięcia, jakie może wydać Izba w wyroku, tj. oddalić lub uwzględnić odwołanie. Dla jego uwzględnienia wystarczającym jest stwierdzenie, że chociaż jedno z naruszeń wytkniętych Zamawiającemu miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W innym przypadku, tj. braku stwierdzenia że doszło do naruszenia przepisów Ustawy (objętych zarzutami), lub uznawania, że naruszenie nie miało lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania Izba oddała odwołanie. W niniejszej sprawie jeden z zarzutów potwierdził się co prowadziło do uwzględnienia odwołania. Izba jednocześnie oddaliła zarzut dotyczący braku wniesienia wadium zabezpieczającego ofertę Konsorcjum Bioveta, jako nie mający uzasadnienia w treści siwz oraz Ustawy.

W związku z powyższym Izba na podstawie art. 192 ust 1 Ustawy uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis (15.000,00 zł) oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (3.600,00 zł) i obciążyła nimi Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....