

## UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Ł. – Sektor B. i Sektor W. oraz odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Ł. – Sektor G., Sektor P. i Sektor Ś.”, prowadzonego przez Miasto Ł. – Urząd Miasta Ł. (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego wykonawca – konsorcjum firm w składzie: FBSerwisS.A. (lider), ul. (...), (...)-(…) W. oraz (...) de (...) S.A. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia – sektor W. (dalej: (...)) oraz wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej także: (...)) z Części 2.

W uzasadnieniu odwołania, Konsorcjum zarzuciło zamawiającemu zaniechanie wykluczenia (...) Sp. z o.o. z postępowania w Części 2, pomimo, że wykonawca ten nie wniósł wadium za pełny okres związania ofertą. Tym samym wadium wniesione przez wykonawcę R. było nieprawidłowe w dacie wniesienia oferty i brak ten nie może zostać w żaden sposób konwalidowany, ponieważ przepisy ustawy pzp nie dopuszczają możliwości wyjaśniania dokumentu gwarancji wadialnej ani tym bardziej jego uzupełniania po dacie składania ofert. Wobec tego odwołujący wskazał, że konsekwencją nieuzasadnionego zaniechania wykluczenia R. z postępowania jest nieprawidłowy wybór oferty tego wykonawcy w zakresie Części 2 zamówienia, zaś oferta wykonawcy wykluczonego, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jest uważana za odrzuconą (KIO 237/16).

W tym samym postępowaniu wykonawca (...) Sp. z o.o., ul. (...), (...)-(…) W. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec (KIO 243/16):

1. zaniechania rzetelnego zbadania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) de (...) S.A. (dalej „konsorcjum”) w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych wyjaśnień, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia wszystkich informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacje, o których mowa w art. 9m ustawy z dnia 13 września 2013 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.) [dalej „ucpg”], zgodnie z którym prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych,
2. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 Część zamówienia [sektor B.] pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 Część zamówienia (sektor B.), pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia,
4. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum na 1 część zamówienia (sektor B.) pomimo zaoferowania przekazywania odpadów do podmiotów nie będących instalacjami lub podmiotów/instalacji nieistniejących, nie spełniających wymagań z pkt I 3. Załącznika nr 1 do SIWZ ((...)) oraz pomimo zaoferowania wykonywania przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) oraz przepisami ustawy ucpg, ewentualnie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym zakresie,
5. zaniechania wezwania konsorcjum do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu konsorcjantów, co skutkowało dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty nieważnie złożonej, a to wobec braku podpisu pod ofertą osoby upoważnionej do reprezentowania konsorcjum; konsekwencją czego było zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy pzp, tj. jako nieważnej na podstawie art 104 k.c.,

6. dokonania dwukrotnego wezwania konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie tych samych okoliczności, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców,
7. zaniechania należytego wykonania obowiązków kontrolnych w zakresie zbadania sytuacji podmiotowej wykonawców (...) S.A. oraz (...) de (...) S.A., w szczególności posiadanych przez nich uprawnień do wykonywania działalności oraz potencjału technicznego oraz zaniechania wykluczenia konsorcjum, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia oraz nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym,
8. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, której treść była niezgodna z treścią SIWZ ze względu na brak posiadania bazy magazynowo - transportowej (...) niezbędnej do doświadczenia usług będących przedmiotem zamówienia odpowiadającej wymogom SIWZ wskazanym w art. 13 Opisu Przedmiotu Zamówienia, we wzorze Umowy stanowiącej Załącznik nr 8 do SIWZ oraz wymogom wynikającym z Rozporządzenia z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 poz. 122) (dalej (...)),
9. zaniechania wykluczenia konsorcjum z postępowania wobec złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących położenia bazy transportowo-magazynowej mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
10. zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niepodlegania wykluczeniu (nie wykazano, że konsorcjant (...) de (...) S.A. nie zalegał z uiszczeniem podatków oraz z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne na dzień składania ofert) ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu dotyczącego tej spółki potwierdzającego nie zaleganie z uiszczeniem podatków lub zaniechania wezwania do wyjaśnień złożonego dokumentu i jego tłumaczenia na język polski,
11. zaniechania wykluczenia konsorcjum, które nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez brak prawidłowej legalizacji dokumentów na dzień składania ofert, tj. brak dołączenia do tych dokumentów apostille z datą nie późniejszą niż na dzień składania ofert w sytuacji, gdy do czasu uzyskania apostille dokumenty pochodzące od organów Królestwa Hiszpanii nie mają waloru dokumentu i nie mogą być podstawą stwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania,
12. zaniechanie wykluczenia konsorcjum pomimo nieprawidłowego wniesienia wadium,
13. zaniechania wykluczenia konsorcjum z powodu przedłożenia dokumentów w nieprzepisanej prawem formie,
14. wyboru jako najkorzystniejszej dla 1 Części zamówienia (sektor B.) oferty konsorcjum podczas gdy podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu z przyczyn wskazanych w zarzutach poprzednich, a zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej dla Części 1 zamówienia oferty odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 marca 2016 r. w połączonych sprawach KIO 237/16 oraz KIO 243/16 oddaliła odwołania wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: (...) S.A. (lider), (...) S.A. z siedzibą dla lidera: ul. (...), (...)-(...) W. (sygn. akt KIO 237/16) oraz przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (KIO 243/16), utrzymując w mocy czynności Zamawiającego, tj. Miasta Ł. polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Ł.-Sektor B. i Sektor W. oraz odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Ł. - Sektor G., Sektor P. i Sektor Ś.” (dalej (...)) w zakresie części zamówienia nr 1 oraz części nr 2.

W punkcie 2 w/w wyroku (...) obciążyła kosztami postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: (...) S.A. (lider), (...) S.A. z siedzibą dla lidera: ul. (...), (...)-(...) W. (sygn. akt KIO 237/16) oraz wykonawcę

(...) Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 243/16) i zaliczyła w poczet kosztów postępowania

odwoławczego kwotę 30 000 zł uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: (...) S.A. (lider), (...) S.A. z siedzibą dla lidera: ul. (...), (...)-(...) W. (sygn. akt KIO 237/16) oraz wykonawcę (...) Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 243/16) tytułem wpisów od odwołań.

Powyższy wyrok został zaskarżony skargą:

- przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, konsorcjum w składzie: (...) S.A. z siedzibą w W. oraz C. A. z siedzibą w B. w zakresie, w jakim oddalało odwołanie wniesione przez Skarżącego (tj. zakresie dotyczącym całej sprawy o sygn. akt KIO 237/16), a dotyczące wyboru oferty R. jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia udzielanego w postępowaniu,

- oraz przez (...) Sp. z o.o. w W. w części oddalającej odwołanie wniesione przez (...) Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 243/16) oraz w części obciążającej kosztami postępowania odwoławczego (...) sp. z o.o.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: (...) Serwis S.A. (lider), (...) S.A. zarzucili zaskarżonemu wyrokowi:

1) naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.: art. 190 ust. 7 ustawy pzp oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie wyrażonej w tych przepisach zasady swobodnej oceny dowodów oraz wybiórczą ocenę materiału dowodowego - dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 8 grudnia 2015 r. załączonej do oferty (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. – dokonaną z pominięciem istotnych jego fragmentów, tj. pkt 7 i 8 dokumentu gwarancyjnego, i w konsekwencji wyprowadzenie z jego treści wniosków zeń niewynikających, a polegających na uznaniu, że z uwagi na ustalenie w pkt 6 gwarancji okresu jej ważności dłuższego o 2 dni od okresu związania ofertą, zamawiający miał zapewnioną możliwość dochodzenia od TUZ Towarzystwo (...) z siedzibą w W. (dalej: „gwarant”) zapłaty sumy gwarancyjnej nawet po upływie okresu związania ofertą (w szczególności w dniu 21 marca 2016 r.), podczas gdy zgodnie z treścią pkt 7 i 8 gwarancji z chwilą upływu terminu związania ofertą lub unieważnienia postępowania przetargowego miała ona całkowicie i automatycznie wygasnąć, a wszelkie roszczenia zamawiającego miały stać się bezskuteczne, co uniemożliwiało skuteczne zgłoszenie do gwaranta jakichkolwiek roszczeń po upływie terminu związania ofertą oraz po unieważnieniu postępowania przetargowego, przy czym ww. ustalenie stanowiło podstawę uznania wadium wniesionego przez R. za prawidłowe i w konsekwencji doprowadziło do oddalenia przez Izbę odwołania wniesionego przez skarżącego,

2) sprzeczność ustaleń faktycznych z materiałem dowodowym, polegającą na wyprowadzeniu z materiału dowodowego, tj. załączonego do oferty R. dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wniosków zeń niewynikających oraz na uznaniu, że z uwagi na ustalenie okresu ważności gwarancji dłuższego o 2 dni od okresu związania ofertą zamawiający miał zapewnioną możliwość dochodzenia od gwaranta zapłaty sumy gwarancyjnej nawet po upływie okresu związania ofertą (w szczególności w dniu 21 marca 2016 r.), podczas gdy zgodnie z treścią pkt 7 i 8 tego dokumentu udzielona gwarancja z chwilą upływu terminu związania ofertą lub unieważnienia postępowania przetargowego miała całkowicie i automatycznie wygasnąć, a wszelkie roszczenia Zamawiającego miały stać się bezskuteczne, co uniemożliwiało skuteczne zgłoszenie do Gwaranta jakichkolwiek roszczeń po upływie tego terminu lub po unieważnieniu postępowania, przy czym ww. ustalenie stanowiło podstawę uznania wadium wniesionego przez R. za prawidłowe i w konsekwencji doprowadziło do oddalenia przez Izbę odwołania wniesionego przez Skarżącego,

3) naruszenie przepisu art. 65 § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp poprzez niewłaściwe ustalenie treści oświadczenia woli zawartego w gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty R., dokonane bez uwzględnienia wszystkich postanowień dokumentu gwarancyjnego oraz uznanie, że zgodnie z treścią dokumentu gwarancyjnego Gwarant był zobowiązany do zapłaty sumy gwarancyjnej nawet w przypadku doręczenia mu żądania zapłaty po

upływie terminu związania ofertą lub po unieważnieniu postępowania przetargowego, a w okresie ważności gwarancji (który był dłuższy od terminu związania ofertą o 2 dni), podczas gdy z treści powołanego dokumentu (pkt 8 ppkt 1 i 3) jednoznacznie wynikało, iż z chwilą upływu terminu związania ofertą lub unieważnienia postępowania gwarancja miała automatycznie i całkowicie wygasnąć, a wszystkie roszczenia beneficjenta stać się miały bezskuteczne (pkt 7), co tym samym oznacza, że po upływie terminu związania ofertą lub po unieważnieniu postępowania przetargowego zamawiający nie miał zapewnionej możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji i tym samym w dniu 21 marca 2016 r. nie mógłby skutecznie zgłosić do Gwaranta żądania zapłaty,

przy czym z uwagi na abstrakcyjny, samoistny i nieakcesoryjny charakter udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej ograniczona jest możliwość ustalania treści zobowiązania gwaranta na podstawie okoliczności innych, niż wymienione w treści dokumentu gwarancyjnego, zatem to treść dokumentu gwarancji miała decydujące znaczenie przy wykładni oświadczenia woli gwaranta, a niezależnie od tego w stanie faktycznym sprawy nie zachodziły żadne okoliczności pozwalające przyjąć, że strony umowy gwarancji (Zamawiający jako Beneficjent i TUZ Towarzystwo (...) jako Gwarant) zgodnie zamierzały nadać jej postanowieniom znaczenie inne, aniżeli zapisane w dokumencie gwarancji,

4) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego niewłaściwą wykładnię i uznanie, że:

- dla skuteczności wniesienia wadium i prawidłowego zabezpieczenia oferty w całym okresie związania ofertą znaczenie miało wyłącznie określenie terminu ważności gwarancji, który musiał być co najmniej równy okresowi związania ofertą, nie miała zaś znaczenia rzeczywista możliwość dochodzenia przez Zamawiającego roszczeń z tytułu zdarzeń zaistniałych w całym okresie związania ofertą,

- w przypadku, gdy podmiot zamawiający nie określi w treści SIWZ wymagań dotyczących zapewnienia mu możliwości zatrzymania wadium z powodu zdarzeń, które zaistniały w końcowej fazie okresu związania ofertą, to wówczas wadium wnoszone w formie gwarancji bankowej takiej możliwości zapewniać nie musiało, podczas gdy z istoty wadium oraz funkcji zabezpieczającej, jaką ta instytucja ma pełnić w postępowaniu o udzielenie zamówienia wynika jednoznacznie, iż wadium winno ofertę zabezpieczać przez cały okres związania ofertą, a jakiegokolwiek ograniczenie owej funkcji zabezpieczającej wobec zdarzeń zaistniałych w tym okresie świadczy o tym, iż wadium nie zostało skutecznie wniesione na cały okres związania ofertą,

przy czym konsekwencją naruszenia wszystkich ww. przepisów było naruszenie przez Izbę:

5) art. 192 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp poprzez oddalenie odwołania i zaniechania nakazania Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy R., pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium na pełny okres związania ofertą, gdyż w przedłożonych przez niego dokumencie gwarancji wadialnej udzielonej przez Gwaranta wyraźnie wskazano, iż gwarancja ta automatycznie i całkowicie wygasa w przypadkach, gdy 1) upłynął termin związania ofertą oraz gdy 3) postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione, co było równoznaczne z zawężeniem zakresu odpowiedzialności Gwaranta i ograniczało możliwość zatrzymania wadium:

- w przypadku zaistnienia zdarzeń uzasadniających takie zatrzymanie w przedostatnim i ostatnim dniu związania ofertą (18 marca 2016 r. godz. 16.00 - 19 marca 2016 roku godz. 24.00) albo tuż przed ewentualnym unieważnieniem Postępowania, oraz

- po unieważnieniu postępowania, a przed zwróceniem wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy pzp.

W konkluzji do podniesionych zarzutów skarżący wniósł o zmianę wyroku I. w zaskarżonej części i uwzględnienie podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących oferty R. poprzez: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy R. z Postępowania, nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty skarżącego jako oferty najkorzystniejszej oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów postępowania odwoławczego

według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, oraz kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Z kolei (...) Sp. z o.o. zarzuciła zaskarżonemu wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2016 roku naruszenie następujących przepisów:

W zakresie dotyczącym ceny zaoferowanej przez Konsorcjum wykonawców (...) S.A. oraz (...) S.A. zaniechania odtajnienia i udostępnienia skarżącemu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum dotyczących rażąco niskiej ceny:

A) naruszenie przepisów postępowania tj.:

1. art. 190 ust. 4 ustawy pzp oraz art. 190 ust. 6 ustawy pzp oraz art. 190 ust. 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie powołania biegłego sądowego/oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości i finansów, ewentualnie dodatkowo: ekonomiki, ekonomii i księgowości celem przeprowadzenia dowodu z jego opinii na okoliczność ustalenia minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę, a nadto czy cena wskazana w ofercie złożonej przez (...) S.A. oraz (...) S.A. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu dzielnicy B. obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia, zaoferowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) Serwis S.A. i (...) S.A. rażąco niskiej ceny w postępowaniu, złożenia przez (...) S.A. i (...) S.A. niewystarczających wyjaśnień dot. zawartej w ofercie rażąco niskiej ceny, dokonania przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny w/w wyjaśnień jako wypełniających normę art. 90 ust. 1 ustawy pzp oraz niezasadne oddalenie wniosku dowodowego w tym zakresie pomimo tego, że ustalenie stanu faktycznego sprawy wymagało wiadomości specjalnych a jednocześnie nie zaszła żadna z okoliczności wskazanych w art. 190 ust. 6 ustawy pzp, która mogłaby stanowić podstawę do oddalenia tego wniosku dowodowego a nadto, wbrew argumentacji (...), Skarżący wskazał we wnioskach dowodowych złożonych w odwołaniu i piśmie z dnia 3 marca 2016r roku wszystkie informacje i założenia konieczne do uwzględnienia przy kwalifikacji ceny ofertowej konsorcjum jako rażąco niskiej, w szczególności treść złożonych przez konsorcjum wyjaśnień,

2. § 27 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. z 2014r., poz. 964) poprzez zaniechanie odroczenia terminu rozprawy do czasu rozstrzygnięcia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Ł. na bezczynność Prezydenta Miasta Ł. w zakresie rozpatrzenia wniosku skarżącego z dnia 18 lutego 2016 roku o udostępnienie informacji publicznej, zarzucając organowi naruszenie art. 4 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1, art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz art. 13 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2015 r., poz. 2058 ze zm.) pomimo iż toczące się przed WSA w Łodzi postępowanie skargowe dotyczące utajnionych wyjaśnień złożonych przez spółkę (...) i spółkę (...) dotyczących zaoferowanej ceny winno być traktowane jako „inna ważna przyczyna” w rozumieniu § 27 rozporządzenia, jako że rozstrzygnięcie WSA w Łodzi i ewentualne nakazanie udostępnienia Skarżącemu wyjaśnień spółek (...) dotyczących zaoferowanej ceny umożliwiłoby Skarżącemu zgłoszenie precyzyjnych wniosków dowodowych na poparcie zarzutu zaniechania odrzucenia przez Miasto Ł. oferty złożonej przez spółki (...) pomimo zaoferowania przez te spółki rażąco niskiej ceny,

3. art. 190 ust. 7 ustawy pzp w zw. z § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. z 2014, poz. 964, dalej jako: rozporządzenie), poprzez zaniechanie rzetelnego zbadania poprawności zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia i ujawnienia Skarżącemu wyjaśnień złożonych przez konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Skarżącemu zastrzeżonych wyjaśnień, co - wobec utajnienia całości wyjaśnień konsorcjum wykonawców dot. rażąco niskiej ceny - pozbawiło Skarżącego możliwości skutecznego skorzystania ze

środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Prezesa (...) od zaniechania przez Miasto Ł. odrzucenia oferty wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A w związku z zaoferowaniem przez nich rażąco niskiej ceny,

4. art. 192 ust. 2 ustawy pzp poprzez nieuwzględnienie odwołania, na skutek błędnego stwierdzenia przez Izbę, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, a to:

- art. 8 ust. 1-3 ustawy pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy pzp, w sytuacji gdy stan faktyczny niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów w badanym przez Izbę postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego utajniając całość wyjaśnień konsorcjum wykonawców dot. rażąco niskiej ceny,

- art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 3 pzp w zw. z art. 90 ust. 2 pzp w sytuacji gdy stan faktyczny niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów w badanym przez Izbę postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A złożonej na 1 część zamówienia (sektor B.) pomimo tego, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5. art. 1183 k.p.c. oraz 1189 § 3 k.p.c. w zw. z art. 185 § 7 ustawy pzp poprzez niezapewnienie równego traktowania stron w toku postępowania odwoławczego, niedoręczenie Skarżącemu uzupełniających wyjaśnień złożonych przez konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A. w toku rozprawy przed (...) przy jednoczesnym pominięciu przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego co skutkowało tym, że Skarżący został pozbawiony możliwości skutecznego skorzystania ze środka ochrony prawnej w tym zakresie - nie tylko nie był w stanie wypowiedzieć się co do dokumentów złożonych przez konsorcjum (...), jako wyjaśniających rażąco niską cenę zawartą w ofercie, z uwagi na objęcie tej dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa, ale też (...) zaniechała skorzystania z wiedzy specjalnej biegłego sądowego, który oceniłby m.in. treść wyjaśnień złożonych przez wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A w zakresie zaoferowanej ceny,

6. art. 190 ust. 6 ustawy pzp oraz art. 190 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 191 ust. 2 ustawy pzp oraz art. 190 ust. 7 ustawy pzp poprzez niezasadne oddalenie /pominięcie/ nieuwzględnienie wniosków dowodowych o przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci: formularza ofertowego z postępowania prowadzonego przez Miasto Ł. (...) 271.2.16.2013, umowy nr (...) 2.22.2015 z dnia 26 czerwca 2015 r. zawartej pomiędzy Prezydentem Miasta Ł. a wykonawcą (...) Centrum Sp. z o.o. z K. w wyniku zamówienia z wolnej ręki (sektor B.), a w konsekwencji także pisma wskazanej spółki z dnia 29 lutego 2016 r. oraz sporządzonej przez odwołującego na jego podstawie notatki nt. „kosztochłonności sektora B.”; umowy nr (...) 2.2015 z dnia 26 czerwca 2015 zawartej pomiędzy Prezydentem Miasta Ł. z wykonawcą (...) sp. z o.o. z W. w wyniku zamówienia z wolnej ręki (sektor W.); ogłoszeń o zamienieniu ( (...) 078- (...), (...) -2015), o udzieleniu zamówienia ( (...) 130- (...), (...) 130- (...), (...) 232- (...), (...) 232- (...), (...) 128- (...), (...) 133- (...)), o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13.10.2015 r. w sprawie ZP/2/2015 w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Usług (...) sp. z o.o. z K. oraz z 23.12.2015 r. w postępowaniu prowadzonym przez (...) sp. z o.o.), formularza ofertowego z postępowania prowadzonego przez (...) sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 12 a w konsekwencji z „porównania wysokości wynagrodzeń za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w Ł. - sektor B. i W. od 1 lipca 2013 r., zarządzenia nr (...) z dnia 22 lipca 2015 r. Prezydenta Miasta Ł. w sprawie ustalenia wysokości opłat za korzystanie z obiektów i instalacji służących do zbierania, unieszkodliwiania i przetwarzania odpadów komunalnych, pisma Miejskiego Przedsiębiorstwa (...) Spółka z o.o. wskazującego cenę przeładunku odpadów, dokumentów dotyczących przetargu na transport odpadów organizowanego przez (...) w K. co doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego jakoby zaoferowana przez konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A nie była rażąco niska,

7. art. 190 ust. 7 ustawy pzp oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz wprowadzenie wniosków sprzecznych z materiałem dowodowym w sprawie;

8. art. 190 ust. 1 ustawy pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie uwzględnienia wniosków dowodowych (...) Sp. z o.o.

B) naruszenie przepisów prawa materialnego tj.:

1. art. 8 ust. 1 - 3 pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zaszła podstawa do ograniczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy wyjaśnienia złożone przez konsorcjum w zakresie zaoferowanej ceny nie stanowią w całości tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 3 pzp w zw. z art. 90 ust. 2 pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A. złożonej na 1 część zamówienia (sektor B.) pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 90 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez uznanie wyjaśnień wykonawcy Konsorcjum (...) za wystarczające (spełniające dyspozycję tego artykułu) w postępowaniu,

4. art. 90 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania do przedstawienia dowodów potwierdzających wyjaśnienia Wykonawcy Konsorcjum (...) w zakresie rażąco niskiej ceny.

W zakresie dotyczącym nieprawidłowego rozpoznania zarzutu w odniesieniu do wadliwości pełnomocnictwa złożonego przez Konsorcjum wykonawców (...) S.A. oraz (...) S.A.:

A) naruszenie przepisów postępowania, tj.

1. art. 191 ust. 2 ustawy pzp poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności przedkładanych stanowisk i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym pod numerem (...)271.52.2015, tj. dokumentu - protokołu notarialnego pełnomocnictwa udzielonego (...) S.A. przez (...) S.A., pism zamawiającego w przedmiocie tego dokumentu z dnia 19.01.2016 r. i 26.01.2016 r., odpowiedzi (...) S.A. na pisma Zamawiającego z dnia 22.01.2016 r. i 28.01.2016 r.,

2. art. 190 ust. 7 ustawy pzp oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz wprowadzenie wniosków sprzecznych z materiałem dowodowym w sprawie,

B) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu wezwania konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A. do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy pzp,

2. art. 26 ust. 4 ustawy pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie mimo, że przepis nie odnosi się do wyjaśniania treści pełnomocnictw oraz poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że złożone przez Wykonawcę FBSerwis wyjaśnienia, czynią zadość wątpliwościom w sytuacji, kiedy zasady racjonalnego wnioskowania powinny pogłębić te wątpliwości, jak również z uwagi na fakt, że (...) S.A. nie był władny do składania jakichkolwiek wyjaśnień do dokumentu pełnomocnictwa w imieniu swojego mocodawcy lub notariusza,

3. art. 89 ust. 1 pkt. 8) ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A.,

4. art. 104 k.c. poprzez jego niezastosowanie, tj. poprzez zaniechanie stwierdzenia, że oferta (jako jednostronna czynność prawna) złożona przez rzekomego pełnomocnika jest nieważna z mocy prawa,

5. art. 99 k.c. poprzez uwzględnienie nieprawidłowego pełnomocnictwa i uznanie, że oferta została ważnie złożona, a wady pełnomocnictwa nie powodują nieważności oferty złożonej przez (...) S.A. oraz (...) S.A.

W pozostałym zakresie:

A) naruszenie przepisów postępowania, tj.

1. art. 196 ust. 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia wskazującego na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia i dowodów, na których oparła się Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie poszczególnych zarzutów odwołania, oraz ograniczenie się jedynie do lakonicznego wskazania, że Izba wzięła pod uwagę „cały materiał dowodowy w sprawie”,

2. art. 192 ust. 2 ustawy pzp poprzez nieuwzględnienie odwołania, na skutek błędnego stwierdzenia przez Izbę, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp lub naruszenia te nie miały wpływu na wynik postępowania.

W konkluzji do powyższych zarzutów skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 243/16) i:

1. nakazanie zamawiającemu:

1) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny;

2) wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A. oraz (...) S.A. do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

3) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej dla części I zamówienia (sektor B.) oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: (...) S.A. oraz (...) S.A.;

4) wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: (...) S.A. oraz (...) S.A. z postępowania;

5) odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: (...) S.A. oraz (...) de (...) S.A. złożonej na I część zamówienia (sektor B.);

6) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu dla części I zamówienia z pominięciem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: (...) S.A. oraz (...) S.A.

oraz o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art 198f ust. 5 in fine ustawy pzp.

W razie stwierdzenia przez Sąd, że umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego została zawarta, Skarżący wniósł o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy.

Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Na podstawie art 380 k.p.c. w zw. z art. 190a ust. 2 pzp skarżący wniósł o rozpoznanie postanowień Krajowej Izby Odwoławczej oddalających/ pomijających/ nieuwzględniających wniosków dowodowych złożonych w postępowaniu odwoławczym przez (...) sp. z o.o. wymienionych w pkt II A) 1. (zarzuty procesowe dot. zagadnienia ceny zaofertowanej przez

konsorcjum (...) S.A. oraz (...) S.A.), w pkt 1 (zarzut naruszenia art. 190 ust. 4 ustawy pzp oraz art. 190 ust. 6 ustawy pzp oraz art. 190 ust. 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie powołania biegłego sądowego/ oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego) oraz w pkt 6 (zarzut naruszenia przepisów art. 190 ust. 6 ustawy pzp oraz art. 190 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 191 ust. 2 ustawy pzp poprzez niezasadne oddalenie wniosków dowodowych



o przeprowadzenie dowodów z dokumentów), które z przyczyn wskazanych w wymienionym pkt zarzutów oraz w uzasadnieniu miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

Skarżący wniósł również o zwolnienie od kosztów sądowych.

Jednocześnie skarżący wniósł o rozważenie wystąpienia przez Sąd w trybie art. 1130 i nast. k.p.c. do sądu hiszpańskiego lub do Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w M. o pomoc prawną w zakresie ustalania prawidłowości pełnomocnictwa udzielonego na rzecz (...) S.A. przez (...) S.A., w szczególności celem uzyskania odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Jaki urzędowy dokument w Królestwie Hiszpanii określa osoby wchodzące w skład organu spółki i sposób jej reprezentacji?
- 2) Czy notariusz jest urzędowym organem potwierdzającym osoby wchodzące w skład organu i potwierdzającym sposób reprezentacji spółki?
- 3) Czy według prawa Królestwa Hiszpanii istnieje możliwość udzielenia pełnomocnictwa przez Zarząd spółki akcyjnej prawa hiszpańskiego, na podstawie jego uchwały podjętej na Zgromadzeniu Zarządu, powołującej pełnomocnika, co wykazane by było jedynie w protokole Zgromadzenia Zarządu sporządzonym przez notariusza?
- 4) Czy w przypadku podejrzenia niedopełnienia wymogów formalnych, naruszenia wymogów ustawy w akcie powołania pełnomocnika zgodnie z treścią pytania nr 3 powyżej, istnieje według prawa Królestwa Hiszpanii instytucja dopuszczająca powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały organu spółki analogiczna do instytucji wywodzonej z art. 252 KSH oraz 425 KSH?
- 5) Jakie podmioty są uprawnione do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały oraz jakimi terminami są związane? (mimo kategorii podmiotów wykazanych w art. 252 § 1 w zw. z art. 250 KSH oraz 452 § 1 w zw. z art. 422 § 2 KSH nie istnieją ograniczenia podmiotowe w przypadku wykazania interesu prawnego;
- 6) Czy brak orzeczenia stwierdzającego nieważność uchwały organu uniemożliwia powoływanie się na zarzut nieważności uchwały? (za M. R., brak orzeczenia stwierdzającego nieważność uchwały organu nie uniemożliwia powoływania się na zarzut jej nieważności, na co wskazuje treść art. 252 § 4 KSH - „zarzut taki można podnieść, nawet jeżeli uchwała nie została zaskarżona w terminie, także więc w sytuacji, gdy brak wyroku stwierdzającego tą nieważność”);
- 7) W przypadku istnienia analogicznych środków zaskarżenia, jakie przedstawiono w pytaniu nr 4 powyżej i istnienia ograniczeń podmiotowych w zakresie legitymacji czynnej, czy według prawa Królestwa Hiszpanii istnieje instytucja analogiczna do tej wynikającej z art. 189 k.p.c. dopuszczająca powództwo o ustalenie przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny, przy założeniu poglądu, że uchwała powołująca pełnomocnika jest nieistniejąca?

W dniu 14 kwietnia 2016 roku (...) Sp. z o.o. zgłosiła interwencję uboczną po stronie zamawiającego – Miasta Ł. do postępowania skargowego wszczętego wniesieniem przez Konsorcjum wykonawców (...) SA. oraz (...) S.A. skargi do Sądu Okręgowego w Łodzi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2016 roku, sygn. akt KIO 237/16 (sygn. akt III Ca 548/16).

Jednocześnie R. wobec złożenia skargi przez Konsorcjum, wniosła o odrzucenie skargi, ewentualnie o jej oddalenie oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz interwenienta ubocznego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych (k.241-254).

W odpowiedzi, Konsorcjum wniosło o oddalenie wniosku o odrzucenie skargi (pismo z dnia 22 kwietnia 2016 roku - k.303-313).

W dniu 25 maja 2016 roku (...) Sp. z o.o. wniosła o zwrot pisma skarżącego z dnia 22 kwietnia 2016 roku oraz o wyrażenie zgody na złożenie niniejszego pisma (k.320-324).

Miasto Ł. w sprawie ze skargi Konsorcjum wniosło o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od skarżącego konsorcjum na rzecz uczestnika postępowania – Miasta Ł. kosztów postępowania według norm przepisanych (k. 333 - 335).

W odpowiedzi na skargę wniesioną przez (...) Sp. z o.o., Konsorcjum (...) SA. oraz (...) S.A. wniosło o oddalenie skargi w całości jako niezasadnej, o oddalenie wniosku o wystąpienie do sądu hiszpańskiego lub do ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w M. o pomoc prawną w zakresie ustalenia prawidłowości pełnomocnictwa dla konsorcjum oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, sygn. akt III Ca 634/16 (k.185-215).

W dniu 25 maja 2016 roku (...) Sp. z o.o. odnosząc się do umocowania lidera konsorcjum (...) S.A. wniosła o rozważenie zwrócenia się przez Sąd do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa hiszpańskiego m.in. hiszpańskiego prawa spółek oraz o wyjaśnienie obcej praktyki sądowej oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu prawa obcego: prawa hiszpańskiego na okoliczność ustalenia:

a) czy (...) S.A. skutecznie umocowała (...) S.A. w W. do reprezentowania spółki w sprawach dotyczących przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji czego, czy oferta Konsorcjum (...) S.A. została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania konsorcjum oraz czy pełnomocnik reprezentujący konsorcjum w postępowaniu ze skargi na wyrok (...) jest właściwie umocowany,

b) czy zamawiający dysponując dokumentami załączonymi przez Konsorcjum (...) S.A. do oferty oraz wyjaśnieniami składanymi przez Konsorcjum (...) S.A.: pismem z dnia 22 stycznia 2016 roku (w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień pismem z dnia 19 stycznia 2016 roku) oraz pismem z dnia 28 stycznia 2016 roku (w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień pismem z dnia 26 stycznia 2016 roku) zasadnie uznał, że (...) S.A. wykazała umocowanie do złożenia w imieniu konsorcjum oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji czego zasadnie zaniechał wezwania konsorcjum wykonawców (...) S.A. oraz (...) S.A. do uzupełnienia dokumnetu pełnomocnictwa.

(...) S.A. wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów prywatnych w postaci:

- pisma zamawiającego z dnia 19 stycznia 2016 roku w sprawie wyjaśnienia pełnomocnictwa,
- pisma (...) Serwis S.A. z dnia 22 stycznia 2016 roku,
- pisma zamawiającego z dnia 26 stycznia 2016 roku,
- pisma (...) Serwis S.A. z dnia 28 stycznia 2016 roku,

na okoliczność stwierdzenia braku posiadania przez pełnomocnika – radcę prawnego M. S. upoważnienia do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu.

Jednocześnie R. wskazała, że przeprowadzenie dowodów wskazanych w piśmie przygotowawczym nie spowoduje zwłoki w postępowaniu.

Ponadto R. wniosła o połączenie sprawy o sygn. akt III Ca 634/16 ze sprawą III Ca 548/16 w celu ich łącznego rozpoznania lub także rozstrzygnięcia (k.237-241).

(...) Sp. z o.o. wniosła o wyrażenie zgody na złożenie pisma przygotowawczego (k. 258-259).

Ponadto Miasto Ł. w sprawie ze skargi na wyrok (...) o sygn. akt 243/16 wniosło o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz Miasta Ł. kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 278-284).

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 25 lipca 2016 roku Sąd Okręgowy postanowił połączyć do łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy zarejestrowane pod sygnaturami III Ca 548/16 i III Ca 634/16 oraz postanowił zakreślić numer sprawy III Ca 634/16 i prowadzić sprawę w dalszym ciągu pod sygnaturą III Ca 548/16.

Na rozprawie apelacyjnej pełnomocnik skarżącego Konsorcjum poparł własną skargę oraz wniósł o oddalenie skargi (...) Sp. z o.o. i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Pełnomocnik skarżącej spółki (...) również poparł własną skargę i wniósł o odrzucenie lub w dalszej kolejności o oddalenie skargi Konsorcjum oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Z kolei pełnomocnik zamawiającego Miasta Ł. wniósł o oddalenie obu skarg oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skargi nie zasługują na uwzględnienie i podlegają oddaleniu.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwolił Sądowi rozpoznającemu skargi na konstatację, że dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą rozstrzygnięcie, jak i wnioski wywiedzione z ustalonych okoliczności, prowadzące do wydania zaskarżonego wyroku były prawidłowe. Sąd Okręgowy nie znalazł, zatem podstaw do innej, aniżeli dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą, oceny okoliczności powoływanych przez strony.

Sąd Okręgowy w pełni akceptuje poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia stanu faktycznego, przyjmując je za własne, jak i zaprezentowane w uzasadnieniu skarżonego orzeczenia rozważania prawne. Organ ten dokonał prawidłowej oceny merytorycznej zgłoszonych roszczeń. Jego wywodom nie można zarzucić dowolności, ani przekroczenia granic logicznego rozumowania. Odniósł się do całego zaproponowanego przez strony materiału dowodowego. Wskazał fakty, które uznał za udowodnione i na których oparł swoje rozstrzygnięcie. Wyjaśnił przy tym szczegółowo motywy, którymi kierował się. W konsekwencji, zarzuty podniesione w skargach dotyczące przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie wniosków sprzecznych z materiałem dowodowym w ocenie Sądu Okręgowego, stanowią w istocie gołosłowną polemikę z prawidłowymi wskazaniem i rozważaniami Krajowej Izby Odwoławczej.

Przypomnieć należy, że do niniejszej sprawy będą miały zastosowanie przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. z 2013 poz. 907 j.t.) w brzmieniu obowiązującym przed zmianą dokonaną ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku prawo zamówień publicznych o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 poz. 1020). Stosownie do art. 16 ust. 1 cytowanej ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Ponieważ prowadzone przez Miasto Ł. postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie wskazanej ustawy nowelizacyjnej z dnia 22 czerwca 2016 roku zarówno w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i w niniejszym postępowaniu sądowym zastosowanie znajdują przepisy pzp w ich dotychczasowym brzmieniu.

Wskazać należy, że postępowanie w przedmiocie rozpoznania skargi jest szczególnym postępowaniem sądowym. Skargę regulują przepisy art. 198a – art. 198g pzp, przy czym zgodnie z art. 198a ust. 2 Pzp w postępowaniu toczącym się wskutek jej wniesienia znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji chyba, że przepisy Pzp stanowią w zakresie danej kwestii inaczej.

Przechodząc w pierwszej kolejności do oceny zasadności skargi konsorcjum (...) S.A. od orzeczenia I. z dnia 10 marca 2016 roku wydanego w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 237/16 wskazać należy, że w istocie sprowadza się ona do zarzutu, iż (...) błędnie zaniechała wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o.o. z postępowania w Części 2 zamówienia pomimo, iż wykonawca ten nie wniósł prawidłowo wadium za pełny okres związania ofertą. W tym też zakresie należało poczynić stosowne rozważania.

Jednakże pierwszej kolejności rozpatrzenia wymaga kwestia interwencji ubocznej zgłoszonej przez (...) Sp. z o.o. po stronie zamawiającego – Miasta Ł. do postępowania wszczętego wniesieniem przez Konsorcjum skargi.

Podkreślić należy, że (...) Sp. z o.o. zgłosiła interwencję uboczną z ostrożności procesowej. Stosowanie bowiem do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2007 roku, sygn. akt III CZP 123/07 wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi do sądu okręgowego ma status interwenienta ubocznego, bez konieczności zgłaszania wstąpienia do sprawy na podstawie art. 77 k.p.c. Sąd Okręgowy podziеляjąc powyższy pogląd Sądu Najwyższego uznał, że nie było koniecznym złożenie oficjalnego pisma zatytułowanego „interwencja uboczna” przez (...) Sp. z o.o. Podmiot ten bowiem ma już status interwenienta ubocznego.

W dalszej kolejności wymaga rozważenia kwestia, czy pełnomocnik działający w imieniu Konsorcjum (...) S.A., tj. radca prawny M. S. był prawidłowo umocowany do reprezentowania konsorcjum, a tym samym czy istniały podstawy do odrzucenia skargi.

W ocenie Sądu Okręgowego nie sposób zgodzić się z twierdzeniem (...) Sp. z o.o. dotyczącym niewykazania umocowania pełnomocnika Konsorcjum do wniesienia skargi w imieniu skarżącego.

Wskazać bowiem należy, że pełnomocnik Konsorcjum już na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą wykazał swoje umocowanie do reprezentowania obu członków Konsorcjum za pomocą następujących dokumentów:

- pełnomocnictwa specjalnego z dnia 3 czerwca 2013 roku - aktu notarialnego, w którym sekretarz spółki (...), a zarazem członek jej zarządu - A. L., udokumentował przed notariuszem, w ramach udzielonego mu upoważnienia, które to upoważnienie notariusz zweryfikował, podjęcie przez Zarząd (...) uchwały w sprawie udzielenia pełnomocnictwa konsorcjonalnego,
- odpisu rejestru handlowego dla (...) z dnia 7 lipca 2015 roku,
- kopii notarialnej aktu wyjaśnienia pełnomocnictwa specjalnego (załączone do pisma złożonego przez Skarżącego w dniu 29 lutego 2016 roku - odpowiedzi na wezwanie Krajowej Izby Odwoławczej),
- odpisu rejestru handlowego dla (...) z dnia 10 czerwca 2013 roku (załączone do pisma z dnia 29 lutego 2016 roku),
- notarialnej kopii umowy konsorcjum zawartej pomiędzy (...) a (...) S.A. (załączona do pisma z dnia 29 lutego 2016 roku),
- informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców (...) S.A.,
- pełnomocnictwa z dnia 7 października 2013 roku dla osób podpisujących umowę konsorcjum ze strony (...) (wraz z tłumaczeniem przysięgłym - załączone do pisma z dnia 29 lutego 2016 roku),
- pełnomocnictwa dla pełnomocnika do reprezentowania Skarżącego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz sądami okręgowymi, z prawem do wnoszenia odwołań i skarg.

Nadto dokumenty te zostały załączone również do przystąpienia wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2016 roku.

W/w dokumenty jednoznacznie zatem potwierdzały, że zarząd spółki (...) udzielił (...) S.A. pełnomocnictwa specjalnego obejmującego prawo do składania ofert w postępowaniach przetargowych w Polsce oraz do występowania w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz sądami okręgowymi (dokument pełnomocnictwa specjalnego), ponadto A. J. G. L. był uprawniony do udokumentowania w imieniu spółki faktu podjęcia uchwały o udzieleniu pełnomocnictwa specjalnego (co wynika z pkt II załącznika do aktu notarialnego - dokumentu pełnomocnictwa specjalnego - zaświadczenia o podjęciu uchwały zarządu (...), w której to uchwale zarząd upoważnił sekretarza do wykonania takiej czynności, a który to zapis zweryfikował notariusz, przed którym nastąpiło udokumentowanie pełnomocnictwa). Jednocześnie A. J. G. L. był sekretarzem spółki (...) i członkiem jej zarządu (odpis z rejestru handlowego (...) z dnia 10 czerwca 2013 roku, wyraźnie wskazujący, że ww. osoba była mianowana na członka zarządu (...) na kadencję od 23 czerwca 2008 roku do 23 czerwca 2013 roku, ponadto potwierdził to notariusz w akcie notarialnym dokumentującym udzielenie pełnomocnictwa - strona druga, część zatytułowana „umocowanie stawającego”, przy czym notariusz sprawdził jego tożsamość i oświadczył ponadto, że podpis tej osoby był mu znany, podobnie jak widniejący na zaświadczeniu podpis prezesa zarządu (...) S. O. B.). W treści przywołanego aktu notarialnego, dokładnie w załączonym do niej zaświadczeniu sekretarza spółki, znalazła się omyłka pisarska polegająca na wskazaniu członka zarządu nie pełniącego już w czasie podjęcia uchwały funkcji członka zarządu (F. L. B., podczas gdy w posiedzeniu zarządu uczestniczył w rzeczywistości J. I. N.) - jednak błąd ten został skorygowany, a notariusz potwierdził tę omyłkę i dokonał jej sprostowania aktem z dnia 28 stycznia 2016 roku wskazując jednocześnie, że z oryginalnego protokołu sporządzonego na posiedzeniu Zarządu, który został notariuszowi w chwili sporządzania ww. aktu okazany, został wskazany prawidłowo członek zarządu - J. I. N.. Tym samym uchwała została podjęta na posiedzeniu zarządu w którym uczestniczyli: S. O. B. (wskazany w pierwotnym dokumencie notarialnym), F. G. de C. M. (wskazany w pierwotnym dokumencie notarialnym), A. J. G. L. (wskazany w pierwotnym dokumencie notarialnym), J. I. N. - po skorygowaniu. Z kolei zgodnie z odpisem z rejestru handlowego z 10 czerwca 2013 roku

członkami zarządu (...) w dniu 30 maja 2013 roku byli S. O. B. (kadencja od 21 maja 2012 roku do 21 maja 2017 roku), A. J. G. L. (kadencja od 23 czerwca 2008 roku do 23 czerwca roku), F. G. de C. M. (kadencja od 5 czerwca 2009 roku do 5 czerwca 2014 roku), J. I. N. (kadencja od 5 kwietnia 2013 roku do 5 kwietnia 2018 roku).

Wskazane zatem osoby w treści pełnomocnictwa specjalnego (po skorygowaniu) oraz w odpisie z rejestru handlowego (...) pokrywają się - co jednoznacznie wskazuje, że pełnomocnictwo zostało udzielone uchwałą podjętą przez wszystkie osoby wchodzące w skład zarządu spółki (...). Ponadto spółka (...) udzieliła szczególnego umocowania do jej reprezentowania na gruncie konkretnego postępowania przetargowego - postępowania którego dotyczy niniejsze postępowanie sądowe - przy okazji zawierania z (...) S.A. umowy konsorcjum, przy czym Skarżący dołączył do pisma z dnia 29 lutego 2016 roku całą umowę konsorcjum, ze wszelkimi podpisami i w kopii notarialnej.

Wobec tego osoby, które podpisały się pod umową konsorcjum były umocowane do jej zawarcia: A. L. - jako członek zarządu (...), zgodnie z odpisem z rejestru handlowego z dnia 7 lipca 2015 roku, z kadencją do dnia 19 czerwca 2018 roku,

G. R. S. - jako pełnomocnik umocowany do zawarcia umowy zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 7 października 2013 roku, A. P., jako uprawniony do samodzielnej reprezentacji Prezes Zarządu (...) S.A.

Oba ww. pełnomocnictwa (pełnomocnictwo specjalne z dnia 30 maja 2013 r. oraz pełnomocnictwo zawarte w umowie konsorcjum) uprawniały zatem (...) S.A. do udzielania pełnomocnictw innym osobom w zakresie umocowania (pkt I ppkt 13 pełnomocnictwa specjalnego oraz § 4 ust. 3 umowy konsorcjum).

Z kolei A. P., reprezentujący samodzielnie (...) S.A. udzielił - w ramach przyznanego mu na mocy obu pełnomocnictw konsorcjalnych umocowania - pełnomocnictwa m.in. radcy prawnemu M. S. - pełnomocnikowi, który wniósł i podpisał skargę.

Należy również zaznaczyć, że umocowanie pełnomocnika do reprezentowania skarżącego było zweryfikowane na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą i w tym zakresie Uczestnik żadnych zastrzeżeń ani wniosków nie zgłaszał.

Jednocześnie wymaga zaznaczenia, że umocowanie wykazane przed Krajową Izbą Odwoławczą rozciąga się również na postępowanie przed tutejszym Sądem w sprawie dotyczącej rozpoznania skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Wraz z wniesieniem skargi, dodatkowe wykazywanie umocowania pełnomocnika nie było konieczne, zaś fakt, iż do skargi zostały dołączone dokumenty potwierdzające umocowanie nie ma w tym zakresie znaczenia. Nie zmienia to faktu, iż również dokumenty dołączone do skargi potwierdzają dostatecznie umocowanie pełnomocnika. Ponadto umowa konsorcjalna zawierająca pełnomocnictwo została dołączona w pełnym zakresie (nie jako wyciąg) i wskazywała podpisy. Również pełnomocnictwo podpisane przez A. P., a udzielone pełnomocnikowi, zostało dołączone - jako uwierzytelniony odpis jego całości (wraz z podpisami).

W tych okolicznościach wykazanie umocowania pełnomocnika skarżącego do wniesienia skargi i występowania przed tutejszym Sądem nie może budzić najmniejszej wątpliwości.

Nie było również podstaw do odrzucenia skargi z uwagi na brak doręczenia jej odpisu pełnomocnikowi R.. Po pierwsze skarga została przesłana pełnomocnikowi (...) Sp. z o.o. przed jej wniesieniem, a dowód nadania przesyłki poleconej w tym zakresie został załączony do skargi. Ponadto z informacji dostępnych na stronie internetowej operatora pocztowego wynika, iż próba doręczenia tej przesyłki nastąpiła w dniu 15 kwietnia 2016 roku, a więc już po wysłaniu odpowiedzi - stąd zapewne brak wiedzy pełnomocnika uczestnika o przekazaniu jej odpisu skargi. Ponadto pełnomocnik uczestnika odebrał przesyłkę zawierającą odpis skargi w dniu 20 kwietnia 2016 roku, wobec tego rozważania niżej przedstawione mają jedynie charakter teoretyczny.

Wbrew twierdzeniom uczestnika, przekazanie kopii skargi uczestnikowi nie jest warunkiem jej skutecznego wniesienia, zaś brak takiego przekazania nie stanowi braku formalnego skargi. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 19 czerwca 2007 r. sygn. akt III CZP 25/07, przeciwnikiem skargi nie jest wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgodnie z art. 184 ust. 4 ustawy pzp. Przepis bowiem ten wyraźnie wyodrębnia wykonawcę przystępującego do postępowania oraz stronę postępowania, do której wykonawca przystępuje. Postępowanie inicjowane skargą do sądu jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze typu procesowego. Stroną postępowania jest skarżący, którym może być również zamawiający oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający). W konsekwencji Sąd Najwyższy uznał, że przewidziany w art. 198b ust. 2 ustawy pzp obowiązek bezpośredniego przesyłania odpisu skargi nie dotyczy przesyłania do innych niż przeciwnik skargi uczestników postępowania - tj. wykonawców, którzy do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie podmiotu zamawiającego (por. również uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2010 r. sygn. akt II CZ 108/09 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2008 r. sygn. akt V Ca 1040/08).

Powyższe oznacza zatem, że skarżący w ogóle nie miał obowiązku przekazywać odpisu skargi uczestnikowi ani też jego pełnomocnikowi. Skarżący takiego przekazania jednak dokonał, kierując się względami zapewnienia drugiej stronie rzeczywistej możliwości ustosunkowania się do podniesionych zarzutów oraz przygotowania do rozprawy - a tym samym umożliwienia sprawnego jej przebiegu. Po trzecie, nawet gdyby przyjąć pogląd przeciwny do zaprezentowanego, brak jest dostatecznych argumentów przemawiających za tym, aby zaniechanie przekazania odpisu skargi pełnomocnikowi uczestnika (przystępującego po stronie zamawiającego), lecz bezpośrednio uczestnikowi, stanowiło brak skutkujący odrzuceniem skargi (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2010 r. sygn. akt II CZ 108/09).

Nie można również podzielić poglądu (...) Sp. z o.o. aby skarga podlegała odrzuceniu z uwagi na nienieprawidłowe wskazanie wniosku skargi.

Skarga bowiem wniesiona przez Konsorcjum spełnia wszystkie wymagania formalne określone w treści art. 198c ustawy pzp.

Nie jest tym samym jasne, z jakiej przyczyny (...) Sp. z o.o. uważa, aby fakt zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego miał skutkować niedopuszczalnością wniosku o zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Na marginesie należy wskazać, że Sąd może m.in. stwierdzić naruszenie niemieszczące się w katalogu określonym w art. 146 ust. 1 pzp i ograniczyć się do stwierdzenia naruszenia ustawy. Ten rodzaj orzeczenia sąd skargowy może wydać w oparciu o treść przepisu art. 192 ust. 3 pkt 3 w zw. z art. 198f ust. 2 zdanie drugie ustawy. Wyrok tego rodzaju może być wydany wyłącznie wówczas, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie. Przykładem takiej sytuacji będzie uwzględnienie odwołania w sytuacji, gdy umowa została zawarta na podstawie zgody na zawarcie umowy przed rozpoznaniem odwołania, o której mowa w art. 183 ust. 2 pzp.

Odnosząc się w dalszej części uzasadnienia do zgłoszonych wniosków dowodowych przez (...) Sp. z o.o. wskazać należy, że nie było konieczności dopuszczenia dowodu z dokumentów, tj. pism z dnia 19, 22, 26 i 28 stycznia 2016 roku, gdyż dokumenty te były załączone do akt sprawy.

Natomiast odnosząc się do wniosku o dopuszczenie dowodu z gwarancji wadialnych złożonych na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, wskazać należy, że dowody te zostały pominięte przez Izbę.

Sąd Okręgowy również nie widzi potrzeby dopuszczenia tych dowodów, z uwagi na to, że przedstawione gwarancje wadialne dotyczyły innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie nie zachodzi konieczność wystąpienia przez Sąd w trybie art. 1130 i nast. k.p.c. do sądu hiszpańskiego lub do Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w M. o pomoc prawną w zakresie ustalenia prawidłowości pełnomocnictwa udzielonego na rzecz (...) Serwis S.A. przez (...), gdyż Sąd II Instancji nie miał wątpliwości co do prawidłowości pełnomocnictwa.

Przechodząc do merytorycznej oceny skargi Konsorcjum (...) S.A. i (...) S.A., stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny materiału dowodowego i dokumentacji postępowania, wyjaśniła istotne okoliczności sprawy i na tej podstawie doszła do trafnych wniosków. Nie można zatem podzielić argumentacji Konsorcjum, jakoby Izba dokonała sprzecznych ustaleń faktycznych z treścią materiału dowodowego.

Sąd Okręgowy tym samym nie podzielił zarzutów skarżących w przedmiocie naruszenia wskazanych w skardze przepisów prawa procesowego i prawa materialnego.

Podkreślenia wymaga, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Ogólne warunki, jakie powinien spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego określa art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015r. poz. 2164 j.t).

Ponadto Izba dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 190 ust. 1 pzp). Organ procesowy zatem ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania, opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Swobodna ocena dowodów nie może być utożsamiana z oceną dowolną i arbitralną. Musi bowiem opierać się na kryteriach pozwalających sprawdzić prawidłowość oceny. Dlatego też stosując zasadę swobodnej oceny dowodów, skład orzekający obowiązany jest przestrzegać zasad logicznego rozumowania, a więc może z zebranego materiału dowodowego wyprowadzić wnioski tylko logicznie uzasadnione. Ocena dowodów winna zatem opierać się na odpowiadającym zasadom logiki powiązaniu ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności w całość zgodną z doświadczeniem życiowym (tak w stosunku do oceny dowodów w procesie cywilnym SN w wyroku z dnia 20 marca 1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980, nr 10, poz. 200). Omawiana zasada dotyczy wszystkich środków dowodowych. Każdy z nich podlega na równi wszechstronnej ocenie, bez względu na jego znaczenie dla wyniku sprawy, a dokonanie oceny powinno nastąpić na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału.

Przypomnieć należy, że Krajowa Izba Odwoławcza oddalając odwołanie Konsorcjum, (w zakresie sprawy o sygn. akt KIO 237/16) dotyczące wyboru oferty R. jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia uznała za prawidłowe i skuteczne wadium wniesione przez R. w postaci gwarancji ubezpieczeniowej.

Zauważenia również wymaga, że postanowienia SIWZ (co do zgodności wymogów w zakresie wadium z przepisami) nie były kwestionowane.

Stosowanie do pkt. 8.6.4 SIWZ w zakresie żadanego okresu gwarancji wadialnej zabezpieczającej ofertę wykonawcy, zamawiający postawił wymóg, iż „termin ważności poręczenia/gwarancji nie może być krótszy niż termin związania ofertą” oraz podał, że „w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie poręczenia lub gwarancji, zamawiający nie uzna dokumentów, które nie spełniają wymagań, o których mowa w pkt. 8.6 SIWZ.”( pkt 8.7. SIWZ).

(...) Sp. z o.o. złożył w Części 2 zamówienia Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr (...) - (...), wystawioną w B. w dniu 8 grudnia 2015 r. przez TUZ Towarzystwo (...) (Gwarant).

W pkt. 6 gwarancji podano, że „niniejsza gwarancja ważna jest od 21.12.2015 do 21.03.2016 i tylko wezwanie do zapłaty (...) otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji”. W pkt. 8 gwarancji ujęto przypadki, w których gwarancja wygasa (poza przypadkiem upływu terminu jej ważności), a wśród nich przypadek: „upłynął termin związania ofertą” oraz przypadek: „postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione”.

Stosownie do art. 85 ust.1 pkt 2 pzp wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż 90 dni - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Jednocześnie bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (art. 85 ust.5 pzp).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał termin związania ofertą wynoszący 90 dni oraz podał, że bieg tego terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (pkt 9 SIWZ). Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 21 grudnia 2015 roku (pkt 11.2 SIWZ).

Bezspornym był fakt, że termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 19 marca 2016 roku.

Z kolei z gwarancji przedłożonej przez R. wynikało, że była ona ważna w okresie do 21 grudnia 2015 roku do 21 marca 2016 roku i tylko wezwanie do zapłaty (...) otrzymane od gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji.

Izba uznała, że skoro wykonawca R. złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego gwarancję wadialną, której termin ważności był dłuższy niż termin związania ofertą, wobec tego należało uznać, że termin ten był wystraszający i nie ograniczał możliwości zatrzymania wadium w sytuacjach wskazanych przez Konsorcjum, tj. wystąpienia przesłanki zatrzymania wadium „w końcowej części przedostatniego dnia lub dniu ostatnim okresu związania ofertą”, ponieważ zamawiający mógł skierować żądanie zapłaty do gwaranta w poniedziałek 21 marca 2016 roku.

Zauważenia wymaga, że przepisy ustawy pzp nie zawierają definicji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach kodeksu cywilnego. I tak pod pojęciem wadium, w myśl art. 704 § 1 k.c., należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy pzp, rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą. Gwarancja ubezpieczeniowa jest jedną z form, w jakich można wnieść wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość taką przewiduje art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy pzp. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej i wykonywanie tej umowy należą do czynności ubezpieczeniowych, wymienionych w art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2015. (...)). Ustawa ta nie reguluje jednak zasad, na jakich winno zawierać się tego rodzaju



umowy ani też warunków, jakim winny odpowiadać dokumenty potwierdzające fakt zawarcia takiej umowy. Według art. 805 § 1 k.c. przez umowę ubezpieczenia zakład ubezpieczeń zobowiązuje się spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Z kolei art. 808 § 1 zd. 1 k.c. wyraźnie wskazuje, że umowa ubezpieczenia może zostać zawarta także na rzecz osoby trzeciej.

Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta w terminie ważności gwarancji do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy pzp.

Podkreślić należy, że gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego. Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji (wyrok z dnia 9 lutego 2012 r., KIO 150/12, LEX nr 1124929). Przyjmuje się, że ze względu na specyfikę tego zobowiązania, treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (tak też wyrok KIO 1514/10 z dnia 30 lipca 2010 r.). Dla ustalenia treści gwarancji ubezpieczeniowej (oświadczenie woli gwaranta) zastosowanie znajduje także kodeks cywilny wskazujący na reguły rządzące wykładnią oświadczeń woli. Przede wszystkim powołać należy art. 65 § 1 k.c. (oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje), który - z zastrzeżeniami wynikającymi z powoływanego wyżej wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (sygn. akt I ACA 761/05) - niewątpliwie należy uwzględnić, ustalając treść gwarancji wadialnej. W tym miejscu zasadne jest powołanie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07), w którym Sąd ten odniósł się do zasad wykładni wynikających z art. 65 k.c. zwracając uwagę, iż "ustalając znaczenie oświadczenia woli, należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej)". Ponadto dokument nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, nie pozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Tylko taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium. W przypadku, gdy gwarancja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiada powyższym warunkom, powstałe wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 k.c.).

Przenosząc rozważania na grunt niniejszej sprawy uznać należy, że w przedmiotowym postępowaniu zarówno adresat gwarancji wadialnej, wykonawca jak i Krajowa Izba Odwoławcza, nie miały wątpliwości interpretacyjnych w żadnej z omówionych wyżej metod

wykładni.

Zwrócenia uwagi wymaga również, że postępowanie w Części 2 zostało rozstrzygnięte, poprzez wybór oferty wykonawcy R., już w dniu 11 lutego 2016 roku, a zatem na ponad miesiąc przed upływem związania ofertą. Wobec tego termin związania ofertą nie wymagał przedłużenia.

Ponadto podkreślenia wymaga, że art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp przewiduje 4 przesłanki wykluczenia z postępowania:

1. wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert;
2. wykonawców, którzy nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą;
3. wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą;
4. wykonawców, którzy nie wnieśli wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3.

Żadna natomiast z powyższych sytuacji nie wystąpiła w niniejszej sprawie, która mogłaby skutkować wykluczeniem z postępowania R.. Ponadto SIWZ nie nakładał na wykonawców, aby gwarancja wadialna zawierała takie postanowienia, które pozwalałyby zamawiającemu na egzekwowanie ewentualnych roszczeń po terminie związania ofertą.

Podnoszony przez skarżącego zarzut ograniczenia możliwości skutecznego dochodzenia zapłaty wadium w przypadku, gdy „przesłanki zatrzymania wadium wystąpią w dniu, w którym ma miejsce unieważnienie postępowania przez zamawiającego – bezpośrednio przed takim unieważnieniem” oraz w przypadku, „gdy czynność unieważnienia postępowania zostanie przez zamawiającego unieważniona (cofnięta)” nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie można bowiem przerzucać na wykonawcę ciężaru należytego prowadzenia postępowania, które mogłoby prowadzić do kumulowania czynności unieważnienia postępowania z czynnością zatrzymania wadium i przez to narazić siebie na brak możliwości ewentualnego zaspokojenia z gwarancji. Słusznie zatem Izba uznała, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek prowadzenia wszystkich niezbędnych czynności „w takiej sekwencji (i z uwzględnieniem dni ustawowo wolnych od pracy), aby móc wystąpić do gwaranta z żądaniem zapłaty w terminie gwarancji równemu terminowi związania ofertą”.

Ponadto prawidłowemu przeprowadzeniu postępowania służą m.in. postanowienia SIWZ dotyczące wadium. Podanie wymagań dotyczących wadium jest obowiązkiem zamawiającego (art. 36 ust. 1 pkt 8), które winny być nie tylko zgodne z przepisami ustawy pzp, ale także mają być wymaganiami adekwatnymi do możliwości sprawnego i zgodnego z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przeprowadzenia przez zamawiającego konkretnego postępowania (termin związania ofertą, którą zabezpieczać ma wadium). Wobec tego zamawiający, wskazując na wymóg, że termin ważności poręczenia/gwarancji winien być nie krótszy niż termin związania ofertą”, zobowiązał się także wobec wykonawców, którzy złożą wadium w szczególności w formie gwarancji, że ich dokumenty zostaną uznane, o ile tylko okres ważności gwarancji będzie co najmniej równy terminowi związania ofertą.

Uwzględniając powyższe, a nadto fakt, że wykonawca R. złożył gwarancję wadialną, która „z nadmiarem” spełniała wymóg SIWZ dotyczący terminu ważności gwarancji, uznać należy, że brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca ten nie wniósł prawidłowo (w zgodzie z ustawą pzp i postanowieniami SIWZ) wadium. Termin ważności kwestionowanej przez odwołującego gwarancji wadialnej upływał bowiem nie w dniu 19 marca 2016 roku, ale w dniu 21 marca 2016 roku tj. dwa dni po terminie związania ofertą, z których ostatni (21 marca 2016 roku) to dzień powszedni (poniedziałek).

Ponadto Sąd Okręgowy podziela pogląd I., że konieczność uzyskania gwarancji z terminem ważności dłuższym niż termin związania ofertą wiązałyby się (przy braku znajomości uwarunkowań, w tym organizacyjnych danego zamawiającego) z koniecznością samodzielnego przyjęcia przez poszczególnych wykonawców („zgadywania”), jaki termin jest dla konkretnego zamawiającego wystarczający na wystąpienie do gwaranta z żądaniem zapłaty (w związku z czym terminy te mogłyby się różnić), co naraziłoby wykonawców na ponoszenie dodatkowych i różnych kosztów

związanych z dłuższym terminem ważności gwarancji, niezależnie od konsekwencji w postaci wykluczenia z tego względu, że termin ważności gwarancji byłby „jedynie” np. o 2, a nie o 3 dni dłuższy niż termin związania ofertą.

W omawianym postępowaniu zamawiający miał możliwość dochodzenia ewentualnych roszczeń z tytułu zdarzeń zaistniałych w całym okresie związania ofertą.

Wobec tego Izba prawidłowo uznała, że brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy R. z udziału w postępowaniu z tego powodu, że wykonawca ten nie wniósł wadium na pełny okres związania ofertą. Tym samym nie istniały podstawy do uwzględnienia odwołania Konsorcjum.

Wobec powyższych rozważań, zarzuty podniesione przez Konsorcjum nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przechodząc w dalszej części do oceny zasadności skargi wniesionej przez (...) Sp. z o.o. od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydanej w postępowaniu o sygn. akt KIO 243/16, przede wszystkim należy odnieść się do powołanych wniosków dowodowych.

Zgodnie z art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Ponieważ przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają odmiennej regulacji dotyczącej postępowania dowodowego, należy uznać, że wskazany przepis art. 227 k.p.c. znajduje odpowiednie zastosowanie w niniejszym postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie bowiem z art. 198a ust. 2 pzp, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Przepis art. 227 k.p.c. znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu apelacyjnym za sprawą odesłania z art. 391 § 1 k.p.c.

Odnosząc się zatem do zarzutów naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 190 ust. 4, art. 190 ust. 6 oraz art. 190 ust. 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie powołania biegłego sądowego, na okoliczność ustalenia minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę, a nadto, czy cena wskazana w ofercie złożonej przez konsorcjum obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia oraz na okoliczność minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę, uznać należy je za chybione.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo bowiem odmówiła dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, gdyż został powołany jedynie dla zwłoki. Ponadto dowód ten byłby nieprzydatny dla wykazania okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, tj. czy zaoferowana indywidualnie przez przeciwnika skargi cena mogła być kwalifikowana jako rażąco niska. Nadto skarżący w żaden sposób nie wykazał, aby w okolicznościach niniejszej sprawy zasadne było powołanie takiego środka dowodowego. Zauważenia również wymaga, że w postępowaniu odwoławczym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy pzp dowód z opinii biegłego ma charakter wyjątkowy (wyrok (...) z dnia 4 lutego 2015 roku, sygn. akt KIO 2135/14). Przyjmuje się również, że treść przepisu art. 190 ust. 4 ustawy pzp w powiązaniu z przepisem ust. 1 tego artykułu należy interpretować w ten sposób, że powołanie biegłego jest niezbędne tylko wtedy, gdy strony za pomocą wiarygodnych dowodów wykażą, iż prezentowane przez nich stanowiska w sprawie są zasadne, a Izba stwierdzi, iż powoduje to sprzeczność w sensie dowodowym, uniemożliwiającym przyznanie racji tylko jednej ze stron (por. uzasadnienie wyroku Izby z dnia 3 lutego 2015 roku, sygn. akt KIO 93/15).

Zaznaczyć przy tym należy, że wnioskowany przez R. dowód z opinii biegłego nie mógłby służyć udowodnieniu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Ocena w tym zakresie nie dotyczyłaby bowiem faktów, które wymagałyby

wiadomości specjalnych, lecz stanowiłaby w istocie ocenę zasadności zarzutów dotyczących naruszenia prawa materialnego. Nie jest natomiast zadaniem biegłego rozstrzygnięcie zagadnień prawnych.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut R. dotyczący niezasadnego oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w punkcie 6 skargi R..

Wnioskowane przez R. dowody z dokumentów dotyczyły po pierwsze zamówień na odbiór odpadów przez inne podmioty. Po drugie nie można było uznać porównywalności tych postępowań z przedmiotowym (co do cen), gdyż były one prowadzone w niekonkurencyjnym trybie zamówienia, tj. z wolnej ręki, ponadto ujmowały inną częstotliwość odbierania odpadów oraz dotyczyły innego, niż komunalne rodzaju odpadów. Ponadto skarżący nie wykazał porównywalności sektorów B. i W..

Nie sposób doszukać się w decyzji I. o odmowie dopuszczenia w/w dowodów, naruszenia przepisów art. 190 ust. 1, 4, 6 i 7 ustawy pzp, biorąc pod uwagę całkowity brak znaczenia ww. środków dowodowych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, Brak jest również dostatecznych podstaw do twierdzenia, aby ww. decyzja miała jakikolwiek wpływ na wynik postępowania ani też aby doprowadziła ona do nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego w jakimkolwiek zakresie.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy również nie znalazł podstaw, aby uwzględnić dowody z opinii biegłych i ze wskazanych dokumentów.

Nie można również podzielić zarzutu skarżącego naruszenia § 27 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014r. poz. 964) poprzez zaniechanie odroczenia terminu rozprawy do czasu rozstrzygnięcia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Ł. na bezczynność Prezydenta Miasta Ł. w zakresie rozpatrzenia wniosku R. o udostępnienie informacji publicznej.

W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że przepis § 27 ust. 1 cyt. rozporządzenia statuuje po stronie składu orzekającego I. uprawnienie, a nie obowiązek odroczenia rozprawy. Krajowa Izba Odwoławcza bowiem „może odroczyć rozprawę” jeśli uzna takie rozwiązanie za uzasadnione.

Niezależnie od powyższego nie może budzić wątpliwości, że ewentualne rozstrzygnięcie przez sąd administracyjny skargi na bezczynność w ww. sprawie pozostaje bez żadnego związku z postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przedmiotem rozstrzygnięcia sądu administracyjnego nie będzie bowiem nakazanie udostępnienia wnioskowanej informacji, a jedynie ocena, czy zamawiający pozostaje w bezczynności w udzieleniu odpowiedzi na taki wniosek i ewentualne nakazanie jego rozpatrzenia. Uznając zatem, że R. nie wyjaśnił, z jakich względów rozstrzygnięcie to jest konieczne, czy choćby przydatne dla postępowania w sprawie zamówień publicznych.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut R., jakoby Krajowa Izba Odwoławcza zaniechała rzetelnego zbadania poprawności zaniechania przez zamawiającego odtajnienia i ujawnienia R. wyjaśnień złożonych przez konsorcjum wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechała odtajnienia i udostępnienia skarżącemu zastrzeżonych wyjaśnień, co - wobec utajnienia całości wyjaśnień konsorcjum wykonawców dot. rażąco niskiej ceny - pozbawiło skarżącego możliwości skutecznego skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Prezesa (...) od zaniechania przez Miasto Ł. odrzucenia oferty wykonawców: (...) S.A. oraz (...) S.A w związku z zaoferowaniem przez nich rażąco niskiej ceny.

Na podstawie § 23 rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964) skład orzekający może podjąć decyzję w sprawie dopuszczalności udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego treści dokumentu, mogącego zawierać tajemnicę ustawowo chronioną. Nie ma przeszkód, aby stosując ten przepis odpowiednio, zaniechać ujawnienia konkurencji tajemnicy przedsiębiorstwa - a ceny zaoferowane przez dostawców mogą być objęte taką tajemnicą.

Z kolei stosowanie do art. 8 ust. 3 ustawy pzp skuteczność dokonanego zastrzeżenia jest poddana analizie i oceniona przez zamawiającego na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenia, nie zaś samodzielnie przez zamawiającego na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji.

W niniejszej sprawie odpowiadając na wniosek R. w piśmie z dnia 16 lutego 2016 roku zamawiający odmówił udostępnienia wyjaśnień i dokumentów konsorcjum, uzasadniając, że „dokonał oceny treści wyjaśnień Konsorcjum i uznał, że wykonawca skutecznie zastrzegł w/w informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa. Wykonawca w treści wyjaśnień udowodnił i odpowiednio udokumentował zaistnienie przesłanek uznania w/w informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Ponadto dokonując przedmiotowego zastrzeżenia Konsorcjum wykazało, iż

informacje dotyczące kalkulacji wartości świadczonych usług, w tym kosztów jakie ponosi i wysokości marży na jakiej pracuje, warunków handlowych współpracy z innymi podmiotami, stanowi informację, która ma wartość handlową i która może zostać objęta przedmiotową klauzulą.

Tymczasem, jak słusznie zwróciła uwagę Izba, R. nie zwracał się do zamawiającego o udostępnienie uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia, wymaganego przepisem art. 8 ust. 3 ustawy pzp, a jedynie o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez

Konsorcjum na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp i to także po uzyskaniu od zamawiającego odpowiedzi z dnia 16 lutego 2016 roku, w której zamawiający oznajmił, że nie ujawni wyjaśnień i dokumentów, ponieważ Konsorcjum – wykonawca zastrzegł je jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa oraz „udowodnił i odpowiednio udokumentował zaistnienie przesłanek uznania w/w informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Wobec tego nie można było uznać, aby Izba zaniechała rzetelnego zbadania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożony przez Konsorcjum.

Przypomnieć należy, że Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1 – 3 ustawy pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy pzp, gdyż zaniechał udostępnienia odwołującemu informacji o kosztach zagospodarowania odpadów komunalnych. Informacja to nawiązywała do cennika – wysokości opłat wskazanych w Zarządzenia Nr (...) Prezydenta Miasta Ł. z dnia 22 lipca 2015 r. w sprawie wysokości opłat za korzystanie z obiektów i instalacji służących do zbierania, unieszkodliwiania i przetwarzania odpadów komunalnych. Przy czym jednocześnie Izba zaznaczyła, że podziela stanowisko przystępującego, który argumentował, że na cenę ofertową – poza cenami usług zagospodarowania określonych odpadów – składa się cały szereg innych elementów kosztotwórczych, takich jak np. koszty utrzymania bazy, koszty logistyki, koszty zatrudnienia pracowników itd. Ewentualna dostępność pewnej części informacji dotyczącej kalkulacji ceny ofertowej nie oznacza wcale aby automatycznie jawna stawała się całość kalkulacji ceny ofertowej”.

Zauważenie również wymaga, że dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj: informacja, mogąca zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinna być informacją, która posiada wartość gospodarczą (1), nie została ujawniona publicznie (2) oraz co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jej poufności (3). Zaznaczyć należy, że niespełnienie pierwszej, z wymienionych przesłanek czyni bezprzedmiotowym dalsze badanie pozostałych dwóch przesłanek.

W zakresie pierwszej z wymienionych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy powołać się na argumentację zawartą w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 189/14. W uzasadnieniu wskazanego orzeczenia, Izba wskazała, że informacje zawarte w wyjaśnieniach elementów kalkulacyjnych oferty, mających wpływ na wysokość ceny mogą posiadać wartość gospodarczą, jeżeli obrazują one sposób kalkulacji ceny – przyjęte w tym celu stawki, operują konkretnymi danymi wskazującymi na sposób pozyskiwania zasobów służących wykonywaniu działalności, ze

wskazaniem konkretnych nazw i adresów, obrazują nie tylko przyjęte w celu kalkulacji ceny na użytek konkretnego postępowania stawki wynagrodzeń, ale także stosowaną marżę oraz źródła pozyskiwania zasobów, które służą nie tylko realizacji konkretnego zamówienia, ale wiążą się z działalnością operacyjną wykonawcy.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt rozpoznawanej sprawy, uznać należało, że większość zastrzeżonych przez konsorcjum informacji, to takie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wymagają ochrony.

Jednocześnie jak słusznie podkreśliła Izba także inne informacje (inne niż cenniki) ujęte w wyjaśnieniach konsorcjum, nie mogą być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednak udostępnienie tych informacji nie może mieć wpływu na wybór ofert Konsorcjum w Części 1 zamówienia, gdyż ogólny ich charakter nie może prowadzić do zakwestionowania realnego charakteru ofert Konsorcjum.

Wobec tego pomimo częściowego potwierdzenia zarzutu brak było podstaw do nakazania zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia R. zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum.

Zamierzonego zatem skutku nie jest w stanie odnieść zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 ustawy pzp. Stosowanie do art. 192 ust. 2 pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższy przepis wprowadza więc dodatkową przesłankę materialnoprawną polegającą na tym, iż aby dane działanie lub zaniechanie zamawiającego naruszające ustawę zostało uznane za podstawę uwzględnienia odwołania musi lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Dlatego też nie można się zgodzić z zarzutem naruszenia art. 192 ust. 2 pzp bowiem Izba wskazała wprost, iż ogólny charakter informacji, które nie powinny być objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa nie dałby możliwości skarżącemu możliwości zakwestionowania

realnego charakteru ceny ofertowej konsorcjum. Tym samym zakres naruszenia przepisów prawa zamówień nie spełniał wskazanej w art. 192 ust. 2 pzp przesłanki materialnoprawnej odwołania, tj. nie miał istotnego wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 roku, V Ca 3270/12, przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej.

Natomiast w przedmiotowej sprawie charakter naruszenia zamawiającego nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania, bowiem charakter zastrzeżonych informacji, ich stopień ogólności, nie dawał skarżącemu możliwości zakwestionowania zaoferowanej przez Konsorcjum ceny, co do której nie potwierdził się zarzut zastosowania rażąco niskiej ceny. Ponadto część zastrzeżonych informacji stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim więc stanie faktycznym pomimo podzielnia przez Izbę stanowiska, że w części ten zarzut jest uzasadniony, to jednak z uwagi na treść art. 192 ust. 2 pzp i brak wpływu tego naruszenia na wynik postępowania, zaskarżony wyrok jest prawidłowy oraz nie zawiera wewnętrznie sprzecznych ustaleń. Skoro nieodtajnienie części informacji nie miało wpływu na wynik postępowania, to (...) nie miała podstaw do wydania wyroku uwzględniającego odwołanie skarżącego. W treści uzasadnienia skargi skarżący nie przedstawił żadnego dowodu, który wskazywałby, iż ocena dokonana przez (...) w tym zakresie jest nieprawidłowa, tj. nie wykazał, iż brak odtajnienia tych informacji miał wpływ na wynik postępowania. Wobec braku wykazania przez skarżącego wpływu tego nieprawidłowego zastrzeżenia tajemnicy, co do niektórych informacji, na wynik postępowania - wybór oferty, nie można uznać, iż rozstrzygnięcie (...) w tym zakresie jest wadliwe i wymaga zmiany. Z kolei zgłaszane przez skarżącego wnioski dowodowe dotyczyły kwestii rażąco niskiej ceny, a nie oceny zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Również zgłaszane w niniejszej skardze wnioski dowodowe nie miały na celu wykazania braku zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum tajemnicy przedsiębiorstwa i wpływu na wynik postępowania.

W konsekwencji brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 pzp, z uwagi na brak wykazania wpływu tego zaniechania na wynik postępowania.

Jednocześnie nie mógł zostać rozpoznany zarzut naruszenia art. 1183 k.p.c. oraz 1189 § 3 k.p.c. w zw. z art. 185 § 7 pzp, bowiem orzekanie co do jego zasadności prowadziłoby do naruszenia dyspozycji art. 198f ust. 4 ustawy pzp. Wobec tego Sąd Okręgowy nie odniósł się do tej kwestii.

Zamierzonego przez skarżącego skutku nie jest w stanie odnieść podniesiony przez niego zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1. pzp zamawiający odrzuca ofertę, m.in. jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 3), jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 4).

W myśl art. 90 pzp., jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...).

Przypomnieć należy, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy (ust. 2). Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (ust. 3).

Zdaniem Sądu Okręgowego zarzut skarżącego o rażąco niskiej cenie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy pzp ani dyrektywy unijne nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę w przepisach pzp, również w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający odrzuca ofertę, gdy na podstawie dokonanej oceny dojdzie do wniosku, że cena jest rażąco niska.

Podkreślić należy, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia może być konsekwencją świadomego działania wykonawcy albo braku staranności wykonawcy w obliczeniu ceny oferty zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny (vide: Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. J.E. Nowicki - Lex). Jeśli jednym z kryterium wyboru oferty jest cena, nie sposób oczekiwać od zamawiającego, by wybrał ofertę o wiele droższą, jeśli istnieje możliwość sfinansowania zamówienia za cenę niższą. Nie można zapominać, że głównym celem ustawy - Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych, a nie zapewnienie przestrzegania zasad konkurencji między przedsiębiorcami (vide: wyrok Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt V Ca 2142/12).

Jakkolwiek, jak wyżej wskazano, brak definicji "rażąco niskiej ceny", to w orzecznictwie przyjęto koncepcję, iż stwierdzenie tej okoliczności jest możliwe w oparciu o porównanie ceny sprornej oferty z wartością szacunkową

zamówienia lub z cenami innych ofert. Przyjęto również, iż ceny poszczególnych elementów kosztotwórczych oferty nie stanowią podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny (vide: uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1663/10 – Lex).

W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 175/10, wskazano, że „Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi [...] przez tego wykonawcę, który ja zaoferował.”. Okoliczność, że cena zaoferowana przez jednego z wykonawców jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, nie przesądza automatycznie o tym, iż oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać automatycznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Innymi słowy niedopuszczalne jest automatyczne uznanie ceny zawartej w ofercie za rażąco niską wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucenie oferty poniżej pewnego poziomu. Okoliczność, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od średniej cen zawartych w pozostałych ofertach, może jedynie rodzić przypuszczenie, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska, nie przesądza zaś automatycznie o jej odrzuceniu.

W niniejszej sprawie zaoferowanie przez konsorcjum nieco wyższej ceny za odbiór odpadów w sektorze W., niż w sektorze B. nie świadczy jeszcze, że zaoferowana cena za odbiór odpadów w sektorze B. jest rażąco niska. Art. 90 ust. 1 pzp. nakazuje odnieść cenę oferty do przedmiotu zamówienia, nie zaś jedynie do jego wartości. Intencją ustawodawcy jest, zatem uwzględnienie przy ocenie ceny oferty zakresu przedmiotu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz wymagań zamawiającego, co do sposobu realizacji. Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny - jako rażąco niskiej - może być nie tylko wartość szacunkowa zamówienia publicznego, ale także np. ceny średnia ceny ofert zbliżonych pod względem ceny, czy średnia cena wszystkich ofert złożonych w postępowaniu (vide: uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2010 r., KIO/UZP 2338/10 – Lex).

Jednocześnie kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie może, co do zasady stanowić odniesienia do ustalenia, czy cena oferty jest ceną rażąco niską. Zatem podstawowym punktem odniesienia przy kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej jest z jednej strony ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 pzp., czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT a z drugiej są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu. Dla oceny, czy rozpatrywana cena jest rażąco niska należy badać ogólną cenę oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy, jak choćby ceny jednostkowe (vide: uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1511/08 - Lex).

Przenosząc zaprezentowane wyżej rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy, należało stwierdzić, że kwestionowanie zaoferowanej przez Konsorcjum ceny wyłącznie w oparciu o porównywalność sektora B. i W. nie można przyjmować z tego powodu, że w obu częściach był odbiór i zagospodarowanie odpadów.

Jednocześnie zauważenia wymaga, że zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 90 ust 1 pzp, które nie wykazało aby cena była rażąco nisko.

W przedmiotowej sprawie złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia zawierały dokładne wyjaśnienia dotyczące czynników, które miały wpływ na sposób kalkulacji ceny, poparte zostały dowodami w postaci zawartych umów, w tym umów ramowych na zakup paliw, eksploatacji pojazdów, zaświadczeń o wysokości zarobków pracowników. Wyjaśnienia konsorcjum zawierały w sobie wszystkie niezbędne aspekty jakie miały wpływ na cenę, dlatego też brak było podstaw do twierdzenia, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest ceną rażąco niską.

R. również podniosła, że w ślad za większą ilością odpadów do odebrania i zagospodarowania z B. idą większe koszty transportu, zatrudnienia pracowników oraz koszty zagospodarowania. Jednakże jak słusznie uznała Izba, zarzut ten nie mógł zostać rozpoznany ponieważ było to poszerzenie podstaw odwołania. Wobec tego Sąd Okręgowy nie odniósł się do tej kwestii.



Na uwagę zasługuje również twierdzenie, że R. zarzucając rażąco niską cenę zmierza w istocie do ich skonkretyzowania dopiero po uzyskaniu opinii biegłego. Takie działanie jest niedopuszczalne i to nie tylko z uwagi na obowiązek sformułowania wszystkich zarzutów już w odwołaniu (oraz powiązany z tym obowiązkiem zakaz orzekania co do zarzutów, które w odwołaniu nie zostały podniesione), ale również w kontekście celu, w którym dowód z opinii biegłego może być przeprowadzony.

Na marginesie zauważenia wymaga, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 pzp poprzez uznanie wyjaśnień wykonawcy Konsorcjum za wystraszające nie był podnoszony w odwołaniu.

Z powyższych względów nie istniała podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum wykonawców z uwagi na rażąco niską cenę.

Przystępując do przedstawienia stanowiska dotyczącego grupy zarzutów podniesionych przez R. w odniesieniu do kwestii prawidłowości pełnomocnictwa dla FBSerwis do reprezentowania spółki (...) należy przede wszystkim zauważyć, że żaden z tych zarzutów nie może skutecznie podważyć rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej ani doprowadzić do uwzględnienia skargi.

Przypomnieć należy, jak mowa była wcześniej, tj. w części uzasadnienia dotyczącego rozpoznania skargi Konsorcjum, że spółka ta złożyła pełnomocnictwo udzielone na rzecz spółki handlowej prawa polskiego (...) S.A. z siedzibą w W., tj. udokumentowaną przez sekretarza w dniu 3 czerwca 2013 r. w formie aktu notarialnego uchwałę zarządu spółki (...) de (...) S.A. (w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski), podjętą na zgromadzeniu, które odbyło się w dniu 30 maja 2013 roku, do której załączono zaświadczenie z dnia 30 maja 2013 roku podpisane przez Prezesa S. O. B. oraz przez sekretarza A. L. zgodnie z którym dnia 30 maja 2013 roku odbyło się Zgromadzenie Zarządu Spółki z udziałem wszystkich członków zarządu:

- S. O. B.,

- F. G. de C. M.,

- F. L. B.,

- A. J. G. L.

podczas którego zarząd jednogłośnie uchwalił, aby udzielić pełnomocnictwa specjalnego na rzecz spółki handlowej prawa polskiego (...) S.A. z siedzibą w W. (wskazano zakres) oraz aby upoważnić Prezesa S. O. B. i Sekretarza Zarządu A. J. G. L., aby jeden z nich, mógł udokumentować uchwały podjęte podczas tego posiedzenia.

Konsorcjum złożyło także zaświadczenie z Rejestru Handlowego w B. z dnia 7 lipca 2015 roku w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski zgodnie, z którym członkami zarządu spółki (...) de (...) S.A. są:

- S. O. B. – mianowany 21 maja 2012 roku, okres trwania kadencji: 21 maja 2017 roku,

- A. J. G. L. mianowany 19 czerwca 2013 roku, okres trwania kadencji: 19 czerwca 2018 roku,

- J. I. N. - mianowany 5 kwietnia 2013 roku, okres trwania kadencji: 5 kwietnia 2018 roku,

- F. G. de C. M., mianowany 23 maja 2014 roku, okres trwania kadencji: 23 maja 2019 roku

Podkreślenia wymaga, że Konsorcjum zostało wezwane dwukrotnie do złożenia wyjaśnień dotyczących pełnomocnictwa. W odpowiedzi Konsorcjum wyjaśniło, że w posiedzeniu wzięli udział wszyscy członkowie wchodzący w skład zarządu na dzień 30 maja 2013 roku, co potwierdza oryginalny protokół posiedzenia. Ponadto spółka oświadczyła, że zaszła omyłka pisarska w zaświadczeniu przedstawionym notariuszowi, bowiem na liście uczestników

posiedzenia zamiast J. I. N. został wskazany błędnie J. L. B., który w dacie posiedzenia nie był członkiem zarządu spółki (...). Błąd ten natomiast został skorygowany, a notariusz potwierdził tę omyłkę i dokonał jej sprostowania aktem z dnia 28 stycznia 2016 r. wskazując jednocześnie, że z oryginalnego protokołu sporządzonego na posiedzeniu Zarządu, który został notariuszowi w chwili sporządzania ww. aktu okazany, został wskazany prawidłowo członek Zarządu, tj. J. I. N..

Wskazać należy, że złożone pełnomocnictwo to dokument urzędowy – akt notarialny, który korzysta z domniemania zgodności z prawdą tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone. Fakt, że do pełnomocnictwa załączono zaświadczenie dotyczące posiedzenia Zarządu spółki (...) w dniu 30 maja 2013 roku, w którym podano inny skład zarządu niż wskazany w dokumencie rejestrowym z 2015 roku dołączonym do oferty nie obala wskazanego domniemania, a co najwyżej usprawiedliwia skierowanie przez zamawiającego do konsorcjum wezwania do złożenia wyjaśnień. Dodatkowo podkreślić należy, że prawidłowy skład zarządu na posiedzeniu w dniu 30 maja 2013 roku został potwierdzony przez notariusza sporządzającego akt notarialny w dniu 3 czerwca 2013 roku, w akcie sprostowania pełnomocnictwa specjalnego w dniu 28 stycznia 2016 roku.

Z powyższego wynika zatem, że wbrew twierdzeniom R., spółka (...) S.A. niewątpliwie była umocowana do złożenia oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodzić należy z Izłą, iż fakt poświadczenia dokumentu pełnomocnictwa przez notariusza korzysta z domniemania prawdziwości tego co w nim zostało potwierdzone.

Nie było zatem konieczności wzywania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa.

Jednocześnie zauważyć należy, że z jednej strony R. kwestionuje naruszenie art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie nakazania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Konsorcjum, a z drugiej zarzuca naruszenie art. 26 ust.4 pzp, wskazując, że przepis ten nie odnosi się do wyjaśnień dotyczących pełnomocnictwa. Podkreślić należy, że sama czynność wyjaśnienia treści dokumentu nie miała żadnego wpływu na prawidłowość wykazania umocowania (...) S.A. do reprezentowania spółki (...). Zastosowanie trybu wyjaśnień nie miało i nie mogło mieć żadnego wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Przed wszystkim zauważenia wymaga, że zarzut dotyczący niedopuszczalności wzywania Konsorcjum do wyjaśnienia treści pełnomocnictwa nie był podnoszony na etapie odwołania. Tym samym zarzut ten nie podlega rozpoznaniu na zasadzie art. 198f ust. 4 ustawy pzp.

Na marginesie należy jednakże wskazać, że według art. 26 ust. 4 pzp, zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. Nie można zgodzić się ze skarżącym, jakoby w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnianie treści pełnomocnictwa było niedopuszczalne. Wprawdzie istotnie, ustawodawca nowelizując w 2008 r. przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wprowadził rozwiązanie umożliwiające uzupełnianie pełnomocnictw (brakujących lub zawierających błędy) jednocześnie pozostawiając dotychczasowe brzmienie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, które możliwości wyjaśniania pełnomocnictw wprost nie przewidywało.

Pomijając już konieczność przesądzenia, czy regulowana powołanym przepisem możliwość żądania wyjaśnień odwołując się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp wyklucza z tego zakresu dokumenty pełnomocnictwa, to trzeba podkreślić, że intencją zamawiającego było ustalenie prawidłowego składu zarządu Spółki C. na dzień udzielenia pełnomocnictwa specjalnego.

W takim przypadku, w ocenie Sądu Okręgowego, możliwość zastosowania instrumentu z art. 26 ust. 4 pzp nie była wykluczona, a jego wykorzystanie pozwoliło na wyjaśnienie zakresu i charakteru niedokładności.

Ponadto zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy pzp nie mógłby zostać uwzględniony również i z tej przyczyny, iż jego ewentualne potwierdzenie pozbawione byłoby jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania

przetargowego. Sama czynność wyjaśnienia treści dokumentu nie miała żadnego wpływu na prawidłowość wykazania umocowania (...) S.A. do reprezentowania drugiego konsorcjanta. Zastosowanie trybu wyjaśnień nie miało i nie mogło mieć żadnego wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu 99 k.c. poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum za nieważną nie był podnoszony w odwołaniu wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z powyższym, nie może on być przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie. Niezależnie jednak od powyższego wskazać należy, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. 104 k.c. oraz 99 k.c. są niezasadne, bowiem jak zostało wykazane

spółka (...) S.A. była należycie przez spółkę (...) umocowana do złożenia wspólnej

oferty w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Miasta Ł..

Wobec tego zarzuty podniesione przez R. dotyczące naruszenia przepisów postępowania (art. 191 ust. 2 pzp, art. 190 ust. 7 pzp oraz art. 233 § 1 k.p.c.), jak również naruszenia przepisów prawa materialnego 26 ust. 3 pzp, 26 ust. 4 pzp art. 104 k.c. art. 99 k.c. oraz art. 89 ust.1 pkt 8 pzp są nieuzasadnione.

W tych okolicznościach wszystkie zarzuty skargi dotyczące pełnomocnictwa konsorcjalnego należy uznać za niezasadne i je oddalić, bowiem zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy pzp podnieszone naruszenia nie mogły skutkować uwzględnieniem odwołania ani tym bardziej uwzględnieniem skargi.

Trudno też zgodzić się ze skarżącym, aby Izba naruszyła art. 196 ust. 4 ustawy pzp i zaniechała sporządzenia uzasadnienia wskazującego na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia i dowodów, na których się oparła oraz aby jakoby Izba ograniczyła się jedynie do lakonicznego wskazania, że wzięła pod uwagę cały materiał dowodowy.

Wskazać należy, że stosowanie do art. 196 ust. 4 pzp, że uzasadnieniu skład orzekający powinien odnieść się do całego zebranego w sprawie materiału dowodowego, wskazując, na jakich faktach i w jaki sposób oparł swoje rozstrzygnięcie. Wymaga to wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, odniesienia się do wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu bądź poprzez odmówienie im mocy dowodowej i wiarygodności, bądź poprzez przedstawienie argumentacji przemawiającej za przyjęciem dowodów jako wiarygodnych. Uzasadnienie powinno zawierać również wskazanie podstawy prawnej z przytoczeniem przepisów prawa. Skład orzekający powinien przytoczyć w uzasadnieniu przepisy, na których oparł swoje rozstrzygnięcie, wskazując jednocześnie powody, dla których znalazły one zastosowanie w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym.

Uzasadnienie powinno służyć nade wszystko wyjaśnieniu stanowiska zajętego przez skład orzekający przy rozpatrywaniu odwołania. Umożliwia ono stronom postępowania weryfikację orzeczenia, a sądowi okręgowemu orzekającemu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej - kontrolę instancyjną.

W ocenie Sądu Okręgowego uzasadnienie Krajowej Izby Odwoławczej zawiera wszystkie wymagane elementy. Izba szczegółowo bowiem wyjaśniła motywy stanowiska przyjętego u podstaw rozstrzygnięcia, co więcej uczyniła to wieloaspektowo i wyczerpująco. W konsekwencji stwierdzić trzeba, że pisemne uzasadnienie kwestionowanego orzeczenia w pełni pozwala na zrekonstruowanie rozumowania, jakie wiodło do sformułowania wniosków przyjętych przez Izbę, dla możliwości ich zweryfikowania w toku kontroli instancyjnej.

Rozpatrzenia wymaga również wniosek (...) Sp. z o.o. o wystąpienie (rozważenia wystąpienia) do sądu hiszpańskiego lub do Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w M. o pomoc prawną w zakresie ustalania prawidłowości pełnomocnictwa udzielonego na rzecz (...) S.A. przez (...) w szczególności celem uzyskania odpowiedzi na wymienione w skardze pytania.

W ocenie Sądu Okręgowego wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazać należy, że ocena „prawidłowości pełnomocnictwa” konsorcjalnego stanowi przedmiot rozpoznania zarzutu podniesionego w niniejszej sprawie i w związku z tym należy do wyłącznej kompetencji tutejszego Sądu, który zgodnie

z art. 1143 k.p.c. z urzędu ustala i stosuje właściwe prawo obce, zaś o udzielenie tekstu aktu prawnego oraz wyjaśnienie praktyki sądowej może zwrócić się do Ministra Sprawiedliwości. W tym zakresie sugerowany przez R. tryb zwrócenia się do sądu hiszpańskiego lub Ambasady RP w M. nie jest właściwy do uzyskania wiedzy o prawie hiszpańskim.

Niezależnie od tego należy zauważyć, że uzyskanie odpowiedzi na pytania zawarte w pkt VII skargi nie jest konieczne dla rozstrzygnięcia prawidłowości zarzutów w tej skardze podniesionych.

W sprawie niniejszej okoliczności objęte ww. pytaniami nie są i nie były przedmiotem sporu pomiędzy stronami. R. nie kwestionowała przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nie jest również sporne, iż skład osobowy spółki hiszpańskiej jest odnotowany w rejestrze

handlowym, który to dokument potwierdza również zasady reprezentacji.

(...) S.A. Konsorcjum w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą przedstawiła ww. dokumenty i wykazała w sposób niebudzący wątpliwości, jakie osoby wchodziły w dniu 30 maja 2013 roku w skład organu zarządzającego. Całkowicie bez znaczenia pozostają zaś podnoszone w dalszych pytaniach kwestie dotyczące

stwierdzania nieważności uchwał osoby prawnej, skoro niniejsze postępowanie w ogóle

stwierdzania nieważności jakichkolwiek uchwał nie dotyczy. Przedmiotem oceny w niniejszym postępowaniu jest jedynie to, czy oświadczenie o udzieleniu pełnomocnictwa przez Spółkę (...) złożyły osoby posiadające stosowne uprawnienia do składania takiego oświadczenia (w tym przypadku były to osoby Prezesa Zarządu ww. spółki oraz członka zarządu - sekretarza). Okoliczność dotyczącą umocowania ww. osób sprawdził zaś i potwierdził notariusz, odnotowując wyraźnie to sprawdzenie w treści aktu notarialnego, zatem dalsze badanie ww. okoliczności doprowadziłoby jedynie do przedłużenia postępowania. Wymaga podkreślenia, że sformułowany w odwołaniu zarzut dotyczył wątpliwości R. co do prawidłowości pełnomocnictwa konsorcjalnego z uwagi na zawarty w treści oświadczenia złożonego przez A. L. (członka zarządu - sekretarza), a podpisanego przez niego oraz Prezesa Zarządu (S. O. B.) błąd formalny polegający na wskazaniu, że w zgromadzeniu zarządu brała udział osoba niebędąca członkiem Zarządu w miejsce innej, która członkiem zarządu w tym czasie była. Skarżący w odwołaniu w żaden sposób nie kwestionował prawa Zarządu do udzielenia

pełnomocnictwa w formie uchwały podjętej na zgromadzeniu. Co więcej, w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (na rozprawie w dniu 7 marca br.) przedstawił prywatną opinię prawną prawnika zagranicznego - A. M., która ww. uprawnienie zarządu spółki potwierdziła. Formułowanie dodatkowych wątpliwości co do skuteczności udzielenia pełnomocnictwa poprzez kwestionowanie uprawnień zarządu do podejmowania uchwał o udzieleniu pełnomocnictwa oraz prawa sekretarza zarządu do dokumentowania takich uchwał jest spóźnione, a ponadto wykracza poza zakres zarzutu podniesionego w odwołaniu. Tym samym, wniosek dotyczący wystąpienia przez tutejszy Sąd o pomoc prawną do sądu hiszpańskiego lub Ambasady RP w M. nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 zdanie 1 pzp oddalił obie skargi jako bezzasadne.

O kosztach postępowania sądowego wywołanego skargą Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 pzp, zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Ponieważ zarówno skarga (...) Sp. z o.o. oraz Konsorcjum (...) S.A. (lider) i (...) S.A. zostały oddalone należało zasądzić od skarżących na rzecz zamawiającego Miasta Ł. kwoty po 2.417 zł na które złożyło się jedynie wynagrodzenie pełnomocnika w postępowaniu przed Sądem Okręgowym oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa. Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego określono w oparciu o § 8 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 roku, poz.1804).

Wypada zauważyć, że żaden przepis w/w rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Wobec powyższego należało

przyjąć stawkę właściwą dla postępowania zbliżonego charakterem do przedmiotowego, a mianowicie związanego ze skargą na orzeczenie sądu polubownego.

Na podstawie art. 100 k.p.c. w związku z art. 198a ust. 2 pzp Sąd Okręgowy zniósł pomiędzy skarżącymi koszty postępowania skargowego.