

**WYROK**

**z dnia 7 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Mott MacDonald Limited z siedzibą w Croydon**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**, reprezentowanego przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania – na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A., MGGP S.A. oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**, reprezentowanego przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Mott MacDonald Limited** kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: 1) Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51)-Płońsk (S10) odc. Nidzica-Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: Obwodnica Nidzicy – od węzła Nidzica-Północ (z węzłem) do węzła Nidzica-Południe (z węzłem) – długość ok. 9,1 km oraz 2) Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51)-Płońsk (S10) odc. Nidzica-Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 2: odcinek od węzła Nidzica-Południe (bez węzła) do msc. Napierki – długość ok. 13,6 km.*

W dniu 18 grudnia 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Mott MacDonald Limited wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A., MGGP S.A. (dalej: Konsorcjum ZBM-MGGP) oraz wobec czynności oceny oferty ww. Konsorcjum. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1, 3 i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Takie żądanie postawił wykonawcom Zamawiający, który w pkt 11 SIWZ Tom I (Instrukcja dla Wykonawców) określił szczegółowe wymagania dotyczące wnoszenia wadium przez wykonawców. Zgodnie z pkt 11.3 IDW, *wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale (zgodnie z pkt. 9.6.4 IDW) i musi obejmować cały okres związania ofertą. Wadium wnoszone w takiej formie powinno być wystawione na Beneficjenta – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn. W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.*

*Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium.*

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum ZBM-MGGP przedstawiło na str. 175 oferty dokument zatytułowany *Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium*, z którego treści wynika, że został on wystawiony przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group ("Towarzystwo Ubezpieczeń") wyłącznie na zlecenie lidera Konsorcjum ZBM-MGGP, tj. Zakładów Budownictwa Mostowego – Inwestora Zastępczego S.A. Podmiot ten w Gwarancji ubezpieczeniowej ZBM został określony jako "Zobowiązany". Dokument ten w żaden sposób nie odnosi się natomiast do udziału tego podmiotu w postępowaniu w ramach Konsorcjum ZBM-MGGP oraz nie wymienia w jego treści drugiego członka Konsorcjum ZBM-MGGP, tj. wykonawcy MGGP S.A., w szczególności nie wymienia MGGP S.A. w definicji Zobowiązanego, za działania i zaniechania którego Towarzystwo Ubezpieczeniowe zobowiązuje się zapłacić kwotę gwarancyjną.

W ocenie Odwołującego dokument Gwarancji ubezpieczeniowej ZBM, wystawiony wyłącznie na zlecenie jednego członka Konsorcjum oraz nie odnoszący się w żaden sposób do okoliczności związanych z drugim członkiem konsorcjum w oczywisty sposób nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Dokument ten nie zabezpiecza w sposób bezwzględny i jednoznaczny oferty złożonej przez Konsorcjum ZGM-MGGP, w szczególności wobec wymogu pkt 11.3 IDW, tj. konieczności zabezpieczenia zamawiającego we wszystkich przypadkach powodujących utratę wadium przez wykonawcę, rozumianego także jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (tj. np. w sytuacji, w której zawarcie umowy będzie niemożliwe z przyczyn leżących po stronie MGGP S.A., a nie leżących po stronie Zakładów Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A.).

Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi podstawę do wykluczenia Konsorcjum ZGM-MGGP z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, na potwierdzenie czego przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z 29 kwietnia 2014 r., w którym uznano, że *skoro gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium złożona przez Odwołującego, nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia i tym samym nie zabezpiecza w sposób bezwzględny i jednoznaczny złożonej przez niego oferty zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp* oraz wyrok z 19 kwietnia 2013 r., KIO 792/13, w którym uznano, że *wadium traktuje się tak, jakby nie zostało wniesione wtedy, gdy nie pozwala ono na zaspokojenie się zamawiającego w sytuacjach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych.*

Odwołujący podkreślił, że w przypadku gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie wyłącznie jednego członka konsorcjum, roszczenia z tytułu gwarancji powstają wyłącznie w razie zaistnienia określonych okoliczności i przesłanek dotyczących tego podmiotu. Tym samym roszczenia nie powstaną w wyniku zaistnienia takich okoliczności wobec innego niż zobowiązany podmiotu. Z samej treści Gwarancji ubezpieczeniowej ZGM wynika, iż Towarzystwo Ubezpieczeń gwarantuje zapłatę kwoty 200.000,00 zł wyłącznie gdy to wykonawca Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. (tj. zobowiązany), a nie MGGP S.A. odmówi podpisania umowy, lub też zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie zobowiązanego oraz to zobowiązany, a nie MGGP S.A. nie uzupełnił dokumentów na wezwanie zamawiającego. Powyższe wyraźnie potwierdza, że gwarancja ubezpieczeniowa nie obejmuje sytuacji uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium dotyczących drugiego członka konsorcjum – MGGP S.A.

Powołując się na poglądy doktryny i orzecznictwa Odwołujący podniósł, że gwarancja ubezpieczeniowa jest dokumentem, którego treść w sposób zupełny i wyczerpujący określa kształt zobowiązania umownego, a tym samym zupełny zakres uprawnień i obowiązków stron: gwaranta, beneficjenta (zamawiającego) oraz zleceniodawcy (uczestnika przetargu, na którego zlecenie wystawiana jest gwarancja). Nie jest możliwa zatem rozszerzająca wykładnia podstaw uprawniających beneficjenta do zrealizowania zobowiązania gwarancyjnego. Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20 lipca 2010 r., sygn. KIO 1408/10, wskazując, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, a przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust 5 pkt 1-3 ustawy Pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że wprowadzie zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie, a art. 23 ust. 3 przewiduje, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, to jednak żaden z przepisów dotyczących uczestnictwa wykonawców wspólnie w postępowaniu nie przewiduje ich solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte w związku z uczestnictwem w postępowaniu przetargowym. Oznacza to, że w przypadku uchybień dokonanych przez jednego członka konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, inny członek konsorcjum za działania i zaniechania (w tym np. za zaniechanie uzupełnienia dokumentów odnoszących się do partnera konsorcjum) odpowiedzialności nie ponosi. W ocenie Odwołującego solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi jedynie wówczas, gdy tak wskazują przepisy ustawy Pzp. Zgodnie z art. 141 tej ustawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność wyłącznie za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powyższe wskazuje, że odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na inne czynności dokonywane w toku postępowania, w tym nie dotyczy obowiązku wniesienia wadium. Tym samym gwarancja wadialna nie odnosząca się do okoliczności dotyczących każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie może być uznana za prawidłowe wniesienie wadium. Ponadto powyższa linia orzecnicza Krajowej Izby Odwoławczej została dodatkowo potwierdzona w wyroku z 15 września 2014 r., KIO 1785/14, w którym wyraźnie uznano, że solidarna odpowiedzialność wykonawców ubiegających się wspólnie udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na czynności, które wprost nie wynikają z treści ustawy, w tym na czynność złożenia wadium.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum ZBM-MGGP powinno zostać wykluczone z postępowania z uwagi na złożenie wadium, które nie pozwalałoby Zamawiającemu na zaspokojenie się w sytuacjach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5, co jest równoznaczne z niezłożeniem wadium. Z uwagi na to, że dokument wadium nie podlega uzupełnieniu, powyższe stwierdzenie wadliwości zabezpieczenia oferty Konsorcjum ZBM-MGGP powoduje obowiązek Zamawiającego wykluczenia tego wykonawcy bez konieczności zastosowania procedur wyjaśniających uzupełniających.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z punktem 4.1.2 IDW, w ramach kryterium „Metodyka” punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 40 punktów, na podstawie opracowania „Metodyka” (Formularz 2.2. Metodyka), sporządzonego przez wykonawcę w oparciu o opisane podkryteria. Kryterium „Metodyka” zostało podzielone przez zamawiającego na 4 podkryteria. W zakresie podkryterium nr 4 (Jakość stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta) IDW przewiduje przyznanie maksymalnie 10 punktów. W ramach tego podkryterium oferty zostanie oceniona na podstawie przedstawionego przez Wykonawcę opisu i analizy przypadku. Zamawiający oczekiwał od wykonawców, aby na podstawie *case study* zostały dokonane analizy każdego z niżej wskazanych rozwiązań pod kątem możliwości jego zastosowania w zgodzie z obowiązującymi przepisami, w szczególności ustawą Pzp:

- Analiza 1: czy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki na zamówienie uzupełniające,
- Analiza 2: czy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki na zamówienie dodatkowe,

- Analiza 3: czy Zamawiający może wydać polecenie zmiany na warunkach określonych w Kontrakcie.

Według IDW, analizy należy opracować przy założeniu, że Kontrakt został zawarty w oparciu Warunki Kontraktu na budowę dla Robót Budowlanych i Inżynierskich Projektowanych przez Zamawiającego" COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999. Kontrakt został zawarty, w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, wszczętego w dniu kwietnia 2013 r.

Jak wskazał Zamawiający w IDW, w ramach podkryterium zostaną przyznane punkty w skali od 0 do 10. Każda z przedstawionych wymaganych 3 analiz będzie oceniana odrębnie w oparciu o przedstawiony w niej zakres informacji oraz ich zgodność z obowiązującym stanem prawnym, tj. :

- 6 punktów - za sporządzenie 3 analiz zawierających zbadanie, w oparciu o informacje zawarte w *case study*, przesłanek skorzystania lub braku możliwości skorzystania z opisywanego rozwiązania wraz ich uzasadnieniem faktycznym i prawnym.
- Po dokonaniu przez Wykonawcę wyboru rozwiązania będącego wynikiem ww. analiz (tj. wskazania trybu w jakim powinno być udzielone zamówienie z *case study* – zamówienie uzupełniające/ zamówienie dodatkowe/ polecenie zmiany) oferta Wykonawcy może dodatkowo otrzymać następujące punkty: 4 punkty – za minimum 5 wybranych przykładów z kontroli, wyroków sądów powszechnych, Wytocznych w zakresie sposobu korygowania wydatków nieprawidłowo poniesionych w ramach POliŚ lub piśmiennictwa potwierdzające zasadność wyboru danego rozwiązania.

Odwołujący wskazał, że każde z powyższych podkryteriów oceniane było indywidualnie przez członków Komisji Przetargowej. W 2 z 3 formularzy oceny metodyki Konsorcjum ZBM-MGGP w ramach Podkryterium nr 4 w części B, zamieszczona została informacja *Konsultant po przeprowadzeniu powyższych analiz nie wybrał żadnego z rozwiązań*. Niezależnie od powyższego zastrzeżenia o braku wyboru przez Konsorcjum ZBM-MGGP rozwiązania, konsorcjum otrzymało 4 dodatkowe punkty. W ocenie Odwołującego, w świetle wyraźnego brzmienia IDW, dodatkowe 4 punkty w ramach podkryterium nr 4 mogą być przyznane wyłącznie po dokonaniu przez wykonawcę wyboru rozwiązania. *A contrario*, w przypadku niedokonania wyboru rozwiązania, Zamawiający nie powinien przyznawać punktów. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stoi na stanowisku, że 4 punkty w ramach podkryterium nr 4 zostały przyznane Konsorcjum ZBM-MGGP nieprawidłowo.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum ZBM-MGGP oraz powtórzenia czynności oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum ZBM-MGGP, wnosząc o oddalenie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 11 SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium, stanowiąc, że wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 200.000,00 zł, według wyboru wykonawcy w formie: pieniądza, poręczeń bankowych, poręczeń pieniężnych spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych, poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Zgodnie z punktem 11.3 SIWZ, *wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale (zgodnie z pkt. 9.6.4 IDW) i musi obejmować cały okres związania ofertą. Wadium wnoszone w takiej formie powinno być wystawione na Beneficjenta – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn. W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium.*

Przystępujący załączył do oferty ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG09/0389/14/0030 wystawioną w dniu 25 lipca 2014 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, w której jak beneficjenta gwarancji wskazany został Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Oddziału GDDKiA w Olsztynie. Gwarancja udzielona została tytułem wadium w przetargu na pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktami



pn.: 1) Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51)-Płońsk (S10) odc. Nidzica-Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: Obwodnica Nidzicy – od węzła Nidzica-Północ (z węzłem) do węzła Nidzica-Południe (z węzłem) – długość ok. 9,1 km oraz 2) Budowa drogi S-7 Olsztynek (S-51)-Płońsk (S10) odc. Nidzica-Napierki (w. Napierki) z węzłem z podziałem na zadania: Zadanie nr 2: odcinek od węzła Nidzica-Południe (bez węzła) do msc. Napierki – długość ok. 13,6 km. W treści gwarancji stwierdzono, że: „*InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group*” działając na zlecenie „*Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy*” Spółka Akcyjna z siedzibą w 03-215 Warszawa, przy ul. Jagiellońska 88, B/51BC lok. 36 (zwanego dalej „*Zobowiązany*”) niniejszym gwarantuje nieodwołanie i bezwarunkowo zapłatę kwoty 200.000,00 złotych (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100) z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. wraz z późniejszymi zmianami, tj.:

1) *Zobowiązany, którego oferta została wybrana:*

- *odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,*
- *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*
- *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.*

2) *Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.*

Zamawiający nie zakwestionował prawidłowości wniesienia wadium przez Konsorcjum ZBM-MGGP i w dniu 8 grudnia 2014 r. dokonał wyboru oferty tego Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 14.1 SIWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert: 1) cena – 60%, 2) „*Metodyka* – 40%.

Zgodnie z punktem 14.1.2 SIWZ, w ramach kryterium „*Metodyka*” punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 40 punktów, na podstawie opracowania „*Metodyka*” (Formularz 2.2. - *Metodyka*), sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o poniżej opisane

podkryteria. Niezłożenie opracowania „Metodyka” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Metodyka”. (...) Podkryterium 4: Jakość stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta – maks. 10 pkt. W ramach podkryterium: „Jakość stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenia usługi Konsultanta” oferta Wykonawcy zostanie oceniona na podstawie przedstawionego przez Wykonawcę opisu i analizy przypadku opisanego poniższym case study. (...) Zamawiający oczekuje od Wykonawcy, aby na podstawie opisanego powyżej przypadku dokonał analiz każdego z niżej wskazanych rozwiązań pod kątem możliwości jego zastosowania w zgodzie z obowiązującymi przepisami, w szczególności z ustawą Prawo zamówień publicznych. Wymagane jest przedstawienie 3 odrębnych analiz. Celem poszczególnych analiz winno być uzyskanie odpowiedzi na pytanie:

- Analiza 1: czy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki na zamówienie uzupełniające,
- Analiza 2: czy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki na zamówienie dodatkowe,
- Analiza 3: czy Zamawiający może wydać polecenie zmiany na warunkach określonych w Kontrakcie.

Analizy należy opracować przy założeniu, iż Kontrakt został zawarty w oparciu o Warunki Kontraktu na budowę dla Robót Budowlanych i Inżynieryjnych Projektowanych przez Zamawiającego" COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko - polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999. Kontrakt został zawarty, w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, wszczętego w dniu 1 kwietnia 2013 r.

W ramach podkryterium zostaną przyznane punkty w skali od 0 do 10. Każda z przedstawionych wymaganych 3 analiz będzie oceniana odrębnie w oparciu o przedstawiony w niej zakres informacji oraz ich zgodność z obowiązującym stanem prawnym.

6 punktów – za sporządzenie 3 analiz zawierających zbadanie, w oparciu o informacje zawarte w case study, przesłanek skorzystania lub braku możliwości skorzystania z opisywanego rozwiązania wraz ich uzasadnieniem faktycznym i prawnym.

Po dokonaniu przez Wykonawcę wyboru rozwiązania będącego wynikiem ww. analiz (tj. wskazania trybu w jakim powinno być udzielone zamówienie z case study – zamówienie

uzupełniająca/zamówienie dodatkowe/polecenie zmiany) oferta Wykonawcy może dodatkowo otrzymać następujące punkty:

4 punkty – za minimum 5 wybranych przykładów z kontroli, wyroków sądów powszechnych, Wytycznych w zakresie sposobu korygowania wydatków nieprawidłowo poniesionych w ramach POiIŚ lub piśmiennictwa potwierdzające zasadność wyboru danego rozwiązania.

Brak którejkolwiek z analiz skutkować będzie uzyskaniem 0 pkt w podkryterium „Jakość stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenie usługi Konsultanta”.

Analiza odwołująca się do niewłaściwych przesłanek formalnych bądź prawnych lub zawierająca błędy formalne bądź prawne skutkować będzie uzyskaniem 0 pkt w podkryterium „Jakość stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie świadczenie usługi Konsultanta”.

Zgodnie z SIWZ, każde z podkryteriów oceniane będzie indywidualnie przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej. Punkty będą przyznawane indywidualnie przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej dla każdego Podkryterium. Następnie z punktów przyznanych przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej dla każdego z Podkryterium będzie wyliczana średnia arytmetyczna (ŚREDNIE ARYTMETYCZNE PODKRYTERIUM (ŚAP) = suma punktów przyznanych przez poszczególnych członków Komisji w danym Podkryterium/ilość członków Komisji). Wyliczone w ten sposób średnie arytmetyczne dla każdego z Podkryterium zostaną zsumowane dla całego opracowania „Metodyka” (Podkryterium 1 (ŚAP1) + Podkryterium 2 (ŚAP2) + Podkryterium 3 (ŚAP3)+ Podkryterium 4 (ŚAP4)) otrzymując w ten sposób punktację w Kryterium „Metodyka”.

Opracowane przez wykonawców analizy przypadku w ramach podkryterium nr 4 zostały poddane indywidualnej ocenie trzech członków komisji przetargowej. Oferta Przystępującego została oceniona w tym zakresie w następujący sposób:

- 1) 10 punktów (6 pkt – Case study, 4 pkt – wybór rozwiązania i przykłady), z adnotacją: *Konsultant po przeprowadzeniu powyższych analiz nie wybrał żadnego z rozwiązań;*
- 2) 10 punktów (6 pkt – Case study, 4 pkt – wybór rozwiązania i przykłady),
- 3) 10 punktów (6 pkt – Case study, 4 pkt – wybór rozwiązania i przykłady), z adnotacją: *Konsultant po przeprowadzeniu powyższych analiz nie wybrał żadnego z rozwiązań.*

Ogółem w ramach kryterium „Metodyka” oferta Przystępującego otrzymała 40 punktów, w tym 10 punktów w zakresie podkryterium nr 4.

***Izba zważyła, co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu spośród ofert nieodrzuconych – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium. Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań spółki Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A., z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną.

Na wstępie podkreślić należy, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w sposób szczegółowy w przepisach ustawowych, została jedynie przewidziana w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 950 z późn. zm.) jako jedna z czynności ubezpieczeniowych. Zatem treść zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta, kształtowana jest przez strony umowy i w sposób wyczerpujący określona jest w treści tej gwarancji. W niniejszej sprawie treść gwarancji ubezpieczeniowej nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania zobowiązanego, którym jest spółka Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. Z żadnego postanowienia gwarancji nie wynika, że obejmuje ona okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia ani nie wskazuje drugiego z wykonawców wchodzącego w skład konsorcjum. W związku z tym rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy tak ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego zapewnia Zamawiającemu możliwość skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego członka Konsorcjum. Zdaniem Izby, na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Nie ulega żadnej wątpliwości (i jest to między stronami bezsporne), że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma też żadnych przeszkód, aby umowa gwarancji ubezpieczeniowej została zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców

wchodzących w skład Konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji ubezpieczeniowej przesądzą bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić ubezpieczycielowi na skuteczne uchylenie się od wypłaty sumy gwarancyjnej.

Przede wszystkim wskazać należy, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się do nich, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, odpowiednio. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1408/10), *wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. Zarówno z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż w takim wypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.* Jednocześnie nie można podzielić stanowiska Zamawiającego o solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum w zakresie innym niż określony w art. 141 ustawy Pzp i wywodzonej z tego skuteczności gwarancji wadialnej obejmującej ochroną czynności tylko jednego z członków konsorcjum. Przede wszystkim podkreślić należy, że wynikająca z ustawy Pzp odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy relacji między tymi wykonawcami a zamawiającym. Nie kształtuje ona relacji prawnych z podmiotami trzecimi, takimi jak towarzystwo ubezpieczeniowe (gwarant). Niezależnie jednak od powyższego zauważyć należy, że żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 421/12). Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 ustawy Pzp i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A contrario, solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (takich jak niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy). Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również

wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej, zawiązanie konsorcjum bowiem nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej.

Przede wszystkim jednak podkreślić należy, że ze względu na charakter prawny gwarancji ubezpieczeniowej, sposób ukształtowania odpowiedzialności wykonawców wobec zamawiającego nie może przesądzić o skuteczności dochodzenia ewentualnych roszczeń z tytułu gwarancji. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądowym, zobowiązanie z gwarancji ubezpieczeniowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania, istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r. V CSK 233/09). Oznacza to, że zobowiązanie z tytułu gwarancji oraz zakres odpowiedzialności gwaranta są niezależne od sposobu ukształtowania relacji prawnej między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym. Tym samym powoływanie się wobec gwaranta na okoliczności dotyczące relacji wykonawców z zamawiającym może być uznane za bezskuteczne. Powyższe odnosi się również do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem fakt, na który powoływał się Przystępujący, że w SIWZ Zamawiający nie zastrzegł szczególnego sposobu wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie może być skutecznie podniesiony wobec gwaranta i prowadzić do rozszerzenia jego odpowiedzialności w stosunku do treści gwarancji (niezależnie zresztą od tego stwierdzić należy, że bezpodstawne jest wywodzenie z brzmienia pkt 11.3 SIWZ, że gwarancja ubezpieczeniowa na rzecz jednego z konsorcjantów jest skuteczna w stosunku do wszystkich członków konsorcjum).

Nie sposób podzielić stanowiska Przystępującego, że o skutecznym wniesieniu wadium przesądza fakt, iż spółka Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S.A. działała jako lider konsorcjum, na podstawie pełnomocnictwa, umocowującego do złożenia wadium. Z powyższego wynika jedynie, że ww. spółka była uprawniona do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum. Jak już wyżej wspomniano, taka gwarancja ubezpieczeniowa, udzielona na zlecenie umocowanego lidera konsorcjum, ale obejmująca ochroną okoliczności związane ze złożeniem oferty wspólnej, stanowiłaby prawidłowo wniesione wadium. Nie zasługuje również na uwzględnienie argument Przystępującego, że lider konsorcjum, w myśl

udzielonego pełnomocnictwa jest wyłącznie umocowany do składania oświadczeń woli i wiedzy w relacjach z zamawiającym. Treść pełnomocnictwa określa bowiem kompetencje lidera do reprezentowania konsorcjum (co nie czyni z niego wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie), a ponadto dotyczy relacji między wykonawcami a zamawiającym. Natomiast roszczenia wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej powstają wyłącznie w odniesieniu do okoliczności przewidzianych w treści tej gwarancji, zarówno jeśli chodzi o jej zakres przedmiotowy, jak i podmiotowy, a założenie, że profesjonalny podmiot będący gwarantem obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczące wykonawcy, o którym nie miał wiedzy zawierając umowę, należy uznać za bezpodstawne zarówno z prawnego, jak i z praktycznego punktu widzenia.

Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (wyroki KIO: z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10 oraz z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14). Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, co wobec dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego przyznania ofercie Przystępującego dodatkowych punktów w ramach kryterium „Metodyka”, Izba stwierdziła, że w świetle postanowień SIWZ (4.1.2 IDW), brak było podstaw do przyznania przez poszczególnych członków komisji przetargowej dodatkowych 4 punktów w podkryterium nr 4. Zgodnie z treścią SIWZ, dodatkowe 4 punkty mogły być przyznane po dokonaniu przez wykonawcę wyboru rozwiązania będącego wynikiem analiz (tj. wskazania trybu w jakim powinno być udzielone zamówienie z case study – zamówienie uzupełniające/zamówienie dodatkowe/polecenie zmiany). Warunkiem ich otrzymania było przedstawienie minimum 5 wybranych przykładów z kontroli, wyroków sądów powszechnych, Wytycznych w zakresie sposobu korygowania wydatków nieprawidłowo poniesionych w ramach POIiŚ lub

piśmiennictwa, potwierdzających zasadność wyboru danego rozwiązania. Opracowanie przedłożone przez Przystępującego nie przedstawiało wyboru jednego z rozwiązań, jak przyznał sam Zamawiający, z każdej analizy wynikało, że dane rozwiązanie nie może być zastosowane. Fakt, że na poparcie każdej z analiz Przystępujący przedstawił więcej niż 5 przykładów z kontroli, orzecznictwa i piśmiennictwa nie dawał podstaw do przyznania dodatkowych punktów, skoro postanowienia SIWZ wprost wiązały taką możliwość z dokonaniem przez wykonawcę wyboru rozwiązania. Tym niemniej naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, bowiem dodatkowo przyznane punkty nie wpłynęły na ranking ofert (również bez tych punktów oferta Przystępującego otrzymałaby najwyższą punktację). Ponadto, w świetle uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, kwestia dotycząca oceny oferty staje się bezprzedmiotowa.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....