

Sygn. akt: KIO 974/15

WYROK

z dnia 22 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 maja 2015 r.** przez wykonawcę **MGGP S.A., z siedzibą w Tarnowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie oraz TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu – Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – (i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Euroconsult S.A. z siedzibą w Madrycie oraz Trakt sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach jako oferty najkorzystniejszej; (ii) wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Euroconsult S.A. oraz Trakt sp. z o.o. sp.k.; (iii) powtórzenie czynności oceny i badania ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostard i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę MGGP S.A., z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od **zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** na rzecz odwołującego – **MGGP sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** kwotę **15 000 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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

W dniu 19 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 46 ust 4a i 5 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie oraz TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach (dalej „**Konsorcjum**” lub „**Przystępujący**”), które nie wniosło skutecznie wadium w postępowaniu ponieważ dołączony do oferty Konsorcjum dokument gwarancji bankowej nie jest zupełny i nie obejmuje wszystkich możliwych zdarzeń określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, które mógłby uprawnić Zamawiającego do zatrzymania wadium a tym samym żądania uiszczenia kwoty wadium przez gwaranta - ze względu na powiązanie dokumentu gwarancji wyłącznie z jednym uczestnikiem Konsorcjum;

2. Art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum, jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania tj. informacje dotyczące spełniania warunków w postępowaniu przetargowym w zakresie potencjału kadrowego - osób zdolnych do wykonania zamówienia w odniesieniu do osób:

(i) P. L. - poprzez wskazanie, że osoba ta pełniła funkcję Dyrektora Kontraktu na zadaniu Budowa odcinka płatnej autostrady A2 Nowy Tomyśl - Świecko w okresie od 1 marca 2009 r. do 31 marca 2013 r. w sytuacji gdy budowa ta rozpoczęła się w lipcu 2009 r. oraz wskazanie na potwierdzenie doświadczenia zawodowego zadania: Przebudowa nawierzchni w celu uzyskania konstrukcji docelowej na odcinku 3 autostrady płatnej A 2 Nowy Tomyśl Komorniki podczas gdy prace te w rzeczywistości były remontem;

(ii) M. B. - poprzez wskazanie, że osoba ta pełniła funkcje Kierownika Budowy dla zadania Budowa Drogi Ekspresowej S3 Świnoujście - Jakuszyce na odcinku od Gorzowa Wilkp. do węzła Międzyrzec Północ Odcinek 1 i 3 w okresie dłuższym niż w rzeczywistości oraz niezgodne z prawdą wskazanie, że osoba zajmowała stanowisko Kierownika Robót Drogowych dla Kontraktu nr FS-2004/PI716/C/PT/008-3 Budowa drogi ekspresowej S3 Szczecin - Gorzów Wilkp. oddnek III węzeł Myślibórz (bez węzła) - węzeł Gorzów Północ (bez węzła).

a które to zaniechanie Zamawiającego stanowi również naruszenie art 24 ust 2 pkt 4) ustawy Pzp, albowiem Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum z postępowania pomimo nlewykazania przez Konsorcjum w powyższym zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu;

3. Art. 7 ust 1 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 2), 3) i 4) ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum, jako wykonawcy, który: (i) nie wniósł skutecznie wadium żądanego przez Zamawiającego w postępowaniu; (ii) złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a w wskutek tego nie wykazał, w zakresie potencjału kadrowego - osób zdolnych do wykonania zamówienia, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz;

4. Art. 7 ust 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 2 pkt 3) 14) ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia Konsorcjum, które: (i) nie wniósł skutecznie wadium w postępowaniu; (ii) złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik tego Postępowania i wskutek tego nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

5. Art 24 ust.14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Konsorcjum jako wykonawcy, który winien zostać z postępowania wykluczony;

6. Art. 91 ust 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum I zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i: (i) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert I wyboru najkorzystniejszej oferty; (ii) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty; (iii) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu i wyników powtórzonych czynności oceny ofert.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, w zakresie gwarancji wadialnej, że Zamawiający zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 45 ust. 1 pzp zażądał od podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia wniesienia wadium. W Tomie I - Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami (dalej „IDW”) SIWZ dla postępowania Zamawiający zawarł wymogi dotyczące wadium. Wysokość wadium została ustalona na 200 000,00 PLN (pkt II.1 IDW). W odniesieniu do wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji wskazano w szczególności, że 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 wskazał, że w wykonaniu obowiązku wniesienia wadium Konsorcjum firm: EUROCONSULT SA oraz TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. do oferty złożonej w postępowaniu dołączyło dokument zatytułowany Gwarancja wadialna nr 874BG011401715 (dalej „Gwarancja”) wystawiony przez Deutsche Bank Polska S.A. w dniu 21 listopada 2014 r. (str. 214 oferty Konsorcjum). Z treści gwarancji jednoznacznie wynika, że bank wystawił przedmiotowy dokument na potrzeby oferty składanej przez firmę EUROCONSULT S.A. z siedzibą Avenida Camina de lo Cortao 17, 28700 San Sebastian de les Reyes (Madrid) w postępowaniu. W dokumencie brak jakiegokolwiek wzmianki wskazującej, że firma EUROCONSULT S.A. w postępowaniu bierze udział nie samodzielnie ale jako uczestnik Konsorcjum firm EUROCONSULT S.A. i TRAKT Sp. z o.o., a udzielona gwarancja ma zabezpieczać ewentualne roszczenia Zamawiającego wynikające z udziału Konsorcjum - dwóch firm - w postępowaniu. W dniu 25 lutego 2015 r. EUROCONSULT S.A. skierowało do GDDKiA Oddział w Olsztynie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60. Do oświadczenia został dołączony dokument Zmiana nr 1 do gwarancji wadialnej nr 87BG01401715 datowany na dzień 24 lutego 2015 r. zawierający oświadczenie Deutsche Bank Polska o treści Niniejszym przedłużamy termin ważność naszej ww. gwarancji wystawionej za zobowiązanie firmy EUROCONSULT S.A., (...) do dnia 18 maja 2015r. (...)

W dniu 3 marca 2015 r. GDDKiA Oddział w Olsztynie skierowała do Gwaranta - Deutsche Bank Polska S.A. pismo znak: GDDKIA-0/0L-D3-KP-2N-2814-01-6/14-15 zwracając się o wyjaśnienie czy przedmiotowa gwarancja (...) obejmuje zabezpieczenie roszczeń Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych / Autostrad w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 w stosunku do całego Konsorcjum, w tym do TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. - Partner Konsorcjum, ul. Jesionowa 15,40-159 Katowice.

W odpowiedzi pismem z dnia z dnia 17 marca 2015 r. Gwarant stwierdził, że Gwarancja obejmuje zabezpieczenie Państwa roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do całego Konsorcjum.

W ocenie Odwołującego dołączenie gwarancja bankowej nr 874BG011401715 do oferty Konsorcjum nie może być uznane za spełnienie warunku wniesienia wadium. Gwarancja bowiem wystawiona na wniosek jednego członka Konsorcjum tj. EUROCONSULT S.A. a jednocześnie nie odwołująca się w żaden sposób do okoliczności związanych z drugim członkiem Konsorcjum tj. TRAKT Sp. z o.o. w tym w szczególności do wspólnego złożenia oferty zabezpieczanej wadium przez obydwie firmy nie daje Zamawiającemu pewności, że jego ewentualne roszczenia wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp zostaną zaspokojone w każdym przypadku. Gwarancja oraz Zmiana do gwarancji wskazują wyłącznie na jeden podmiot - EUROCONSULT SA i wiąże odpowiedzialność Gwaranta z ofertą złożoną w postępowaniu przez EUROCONSULT SA. Treść Gwarancji pomijająca istnienie Konsorcjum i wspólną ofertę dwóch firm nie wskazuje, że Deutsche Bank Polska SA zobowiązuje się do zapłaty kwoty 200 000,00 PLN w sytuacji gdy to nie EUROCONSULT SA a TRAKT Sp. z o.o. odmówi zawarcia umowy lub zawarte umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie TRAKT Sp. z o.o. lub TRAKT Sp. z o.o. nie uzupełniła dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Gwarancja taka nie spełnia więc funkcji przypisanych przez ustawodawcę wadium.

Odwołujący wskazał, że celem wadium jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego, które mogą być naruszone przez nieprofesjonalne działania wykonawców. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się że w przypadku wadium wnoszonym w formie gwarancji to treść gwarancji w sposób zupełny i wyczerpujący określa wzajemne prawa i obowiązki gwaranta, beneficjenta gwarancji oraz wykonawcy czyli podmiotu, na którego zlecenie gwarancja jest wystawiana. Nie ma podstaw prawnych ani faktycznych do stosowania rozszerzającej wykładni dla ustalenia podstaw uprawniających Zamawiającego (beneficjenta) do uruchomienia (zrealizowania) gwarancji.

Odwołujący wskazał, że wykładania literalna art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż instytucja umożliwiająca wspólne ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego nie powoduje powstania z mocy prawa jednego wykonawcy stanowiącego podmiot zbiorowy. 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.

Odwołujący wskazał, że skoro w treści Gwarancji Gwarant oświadcza wprost że dotyczy zobowiązań firmy EUROCONSULT SA to Zamawiający nie ma podstaw aby rozciągać takie oświadczenie na zobowiązania wynikające z działań/zaniechań innej firmy. Skutku rozszerzenia wadliwej, niepełnej Gwarancji na drugiego członka Konsorcjum - firmę TRAKT Sp. z o.o. nie może mieć także potwierdzenie złożone przez Gwaranta Deutsche Bank Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że akceptacja takiego skutku prowadziłaby do obejścia prawa - ustawy Pzp w zakresie w jakim nie zezwala ona na uzupełnienie wadliwie wniesionego wadium.

W ocenie Odwołującego na etapie postępowania przetargowego nie może być mowy o istnieniu solidarnej odpowiedzialności po stronie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie. Ustawa Pzp dopuszcza wspólne ubieganie się o zamówienie przez wykonawców, wskazując na stosowanie nich zapisów dotyczących wykonawców (art. 23 ust. 1 i 3 pzp). Natomiast nigdzie nie przewiduje solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za zobowiązania zaciągnięte w związku z uczestnictwem w postępowaniu przetargowym. O solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie mowa jest dopiero w odniesieniu do wykonania umowy i wniesienia jej zabezpieczenia (art. 141 ustawy Pzp). Nie rozciąga się ona na czynności podejmowane przez wykonawców wcześniej - w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że w przypadku uchybień jednego z wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia zaistniałych na etapie samego postępowania przetargowego pozostali wykonawcy za takie uchybienia odpowiedzialność nie ponoszą.

Biorąc powyższe w ocenie Odwołującego złożenia przez Konsorcjum Gwarancja nie może być uznane jako skuteczne wniesienie wadium przez tego wykonawcę. Gwarancja uwzględniająca w swojej treści tylko jednego z dwóch członków Konsorcjum nie zabezpiecza w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy roszczeń Zamawiającego określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Takie stanowisko Odwołującego znajduje także poparcie w orzecznictwie. Można tu przywołać między innymi wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r. sygn. KIO 792/13 stwierdzający, 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 Pzp czy wyrok z dnia 29 kwietnia 2014 r. sygn. KIO 726/14.

Co do zarzutu nieprawdziwych informacji Odwołujący wskazał, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu wymagał m. in. szczegółowo opisał swoje wymagania co do kwalifikacji zawodowych i doświadczenia personelu, którym musi dysponować wykonawca, aby móc ubiegać się o pozyskanie zamówienia. I tak w szczególności Zamawiający dla;

Inżyniera Kontraktu wskazał w pkt. 7.2 3) b) 1) Tomu I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców warunki: osoba proponowana do pełnienia funkcji - Inżyniera Kontraktu: wymagana liczba osób: 1 (1 osoba na dwa Kontrakty) Doświadczenie zawodowe: 1. Minimum 36 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 300 mln PLN brutto każde na stanowisku/ stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu. 2. Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowiskach związanych z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub stanowisku/stanowiskach kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP, w tym co najmniej na 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia. Doświadczenie zdobyte w okresie wskazanym w pkt 2 może obejmować doświadczenie zdobyte w okresie wskazanym w pkt 1. Jako zakończenie zadania obejmującego budowę lub przebudowę należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Głównego Inspektora Nadzoru specjalności Inżynieryjnej Drogowej wskazał w pkt 7.2 3) b) 3) Tomu I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców warunki: osoby proponowane do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej: wymagana liczba osób: 2

(na każdy Kontrakt 1 osoba). Doświadczenie zawodowe: Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 200 mln PLN brutto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 7 km lub Inspektora Nadzoru robót drogowych.

W swojej ofercie Konsorcjum, wykazując spełnianie warunków w zakresie potencjału kadrowego - osób zdolnych do wykonania zamówienia zaproponowało m.in.:

1. Do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu - p. P. L. wykazując jego doświadczenie jako Dyrektora Kontraktu m.in. w okresie od 1 marca 2009 r. do 31 marca 2013 r. (zadanie: Budowa odcinka płatnej autostrady A2 Nowy Tomyśl - Świecko) oraz od 1 lutego 2009 do 30 czerwca 2010 r. (zadanie: Przebudowa nawierzchni w celu uzyskania konstrukcji docelowej na odcinku 3 autostrady płatnej A 2 Nowy Tomyśl - Komorniki).

2. Do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru specjalności Inżynieryjnej drogowej - p. M. B. wykazując jego doświadczenie jako Kierownika Budowy w okresie od 1 lipca 2011 r. do 31 grudnia 2012 r. (zadanie Budowa Drogi Ekspresowej S3 Świnoujście - Jakuszyce na odcinku od Gorzowa Wilkp. do węzła Międzyrzec Północ Odcinek 113) oraz Kierownika Robót Drogowych w okresie od 1 grudnia 2007 r. do 31 sierpnia 2009 r. (Kontrakt nr FS-2004/PL/16/C/PT/008-3 Budowa drogi ekspresowej S3 Szczecin - Gorzów Wilkp. odcinek III węzeł Myślibórz (bez węzła) - węzeł Gorzów Północ (bez węzła)).

Odwołujący wskazał, że w oparciu o informacje zamieszczone na stronach internetowych Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oraz firmy Strabag - wykonawcy robót budowlanych dla tej Inwestycji, powzięła wiadomość, że kontrakt na zadanie Budowa odcinka płatnej autostrady A2 Nowy Tomyśl - Świecko strony podpisały w końcu czerwca 2009 r. a sama budowa rozpoczęła się w lipcu 2009 r. Dane dotyczące okresu pełnienia funkcji przy tej inwestycji przez p. P. L. są więc rozbieżne z danymi dotyczącymi samej Inwestycji, i wynika z nich, że ww. osoby rozpoczęły prace na kontrakcie jeszcze przed jego podpisaniem. Wątpliwości Odwołującego wzbudziła też kwalifikacja prac objętych zadaniem oznaczonym w ofercie Konsorcjum nazwą Przebudowa nawierzchni w celu uzyskania konstrukcji docelowej na odcinku 3 autostrady płatnej A 2 Nowy Tomyśl - Komorniki. W opinii Odwołującego prace naprawcze uszkodzonej warstwy nawierzchni bitumicznej i uzupełnienie tej warstwy mogą być kwalifikowane jako remont a nie jako przebudowa w rozumieniu definicji art. 3 ust. 7 ustawy Prawo budowlane. Powyższe znalazło potwierdzenie w spółce Autostrada Wielkopolska zarządzającej Autostradą A2 na przedmiotowym odcinku. To powoduje, że doświadczenie

nabyte w trakcie realizacji przedmiotowej inwestycji, w świetle cytowanych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może być doliczane do doświadczenia wymaganego od osób mających wykonywać zamówienie, a koniecznego do wykazania w Postępowaniu. Dodatkowo zgodnie z informacją pozyskaną z Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad p. M. B. nie pełnił na Kontrakcie nr FS-2004/PL/16/C/PT/008-3 Budowa drogi ekspresowej S3 Szczecin - Gorzów Wlkp. odcinek III węzeł Myślibórz (bez węzła) - węzeł Gorzów Północ (bez węzła) funkcji Kierownika Robót budowlanych, a funkcję Kierownika Budowy dla zadania Budowa Drogi Ekspresowej S3 Świnoujście - Jakuszyce na odcinku od Gorzowa Wlkp. do węzła Międzyrzec Północ Odcinek 113 wykonywał w okresie od 15 lipca 2011 r. do 19 grudnia 2012 r.

Uwzględnienie powyżej, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum w swojej ofercie nie wykazało spełniania warunku wiedzy i doświadczenia dla p. P. L. w zakresie wymaganego pięcioletniego doświadczenia zawodowego na stanowiskach związanych z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub stanowisku/stanowiskach kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP, w tym co najmniej na 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia (58 miesięcy zamiast pięciu lat). Brak wykazania minimalnego, wymaganego okresu doświadczenia można odnieść też do p. M. B. (17 zamiast 24 miesiące).

W opinii Odwołującego Konsorcjum we wskazanym powyżej zakresie użyło dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu informacji nieprawdziwych, które niewątpliwie miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż bez ich uwzględnienia Konsorcjum nie wykazuje spełnienia warunków w zakresie potencjału kadrowego - osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zachodzą tym samym wszystkie wymagane w przepisie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp warunki do wykluczenia wykonawcy Konsorcjum z udziału w postępowaniu, przy czym Zamawiający w przypadku stwierdzenia przedmiotowych przesłanek ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Trzeba podkreślić, że jedną z osób objętych zarzutem Odwołującego jest p. P. L., który jednocześnie w imieniu Konsorcjum podpisał złożoną ofertę. W przypadku Pana M. B. po wezwaniu GDDKiA do wyjaśnień z dnia 7 kwietnia 2015 r. dotyczącego doświadczenia Pana B. dokonał uzupełnienia zastępując zadanie „Budowa Autostrady płatnej A2 Świecko-Nowy Tomyśl” nie spełniającego warunków zamawiającego ze względu na wartość robót budowlanych zadaniem „Kontrakt nr FS-2004/PL/16/C/PT/008-3 Budowa drogi ekspresowej S3 Szczecin - Gorzów Wlkp. odcinek III węzeł Myślibórz (bez węzła) - węzeł Gorzów Północ (bez węzła)” na którym Pan B. nie pełnił wskazanych funkcji. Trudno

więc zakładać, że podanie informacji niezgodnych z prawdą było nieświadome czy wynikało jedynie z niedbalstwa. Zachodzą tym samym wszystkie wymagane w przepisie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp warunki do wykluczenia wykonawcy Konsorcjum z udziału w postępowaniu, przy czym Zamawiający w przypadku stwierdzenia przedmiotowych przesłanek ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wskazał, że zgodnie z jednolitym w tej materii orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wzywania Konsorcjum do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, albowiem faktu złożenia nieprawdziwych oświadczeń nie można zmienić lub w jakikolwiek - zgodny z prawem sposób usankcjonować. W takim przypadku Zamawiający nie ma bowiem ani prawa - ani tym bardziej obowiązku - żądania od wykonawcy dalszego uzupełnienia oświadczeń w trybie - art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołujący także na podstawie przesłanek określonych w pkt 2 niniejszego odwołania Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania, dokonania której to czynności zaniechał Zamawiający, naruszając tym samym dyspozycję art. 24 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 24 ust 2 pkt 4) ustawy Pzp, albowiem Konsorcjum składając ofertę w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posłużyło się nieprawdziwymi Informacjami w odniesieniu do osoby p. P. L., p. M. B., bez których to nieprawdziwych informacji Konsorcjum nie spełniałoby warunków udziału w postępowaniu. Nie budzi wątpliwości wpływ nieprawdziwych informacji podanych przez wykonawcę na wynik postępowania oraz decyzję Zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej, co jednocześnie oznacza, że Konsorcjum nie wykazało w powyższym zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania naruszył dyspozycję art. 91 ust 1 ustawy Pzp, gdyż dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać uznana za odrzuconą, jako oferta złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Tym samym zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust 1 i 3 Pzp tj. zasadę uczciwej konkurencji i równości stron w postępowaniu oraz udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien zostać w postępowania wykluczony, a jednocześnie którego oferta winna zostać uznana za odrzuconą zgodnie z przepisami Pzp, Jak też poprzez nieuzasadniony brak wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego - w pełni zgodnej z wymaganiami SIWZ i przepisami Pzp, co dodatkowo stanowi naruszenie art. 2 pkt 5) ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 203 – 359902 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Konsorcjum firm: EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie oraz TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) pismo Zamawiającego z dnia 3 marca 2015 r. oraz odpowiedź Deutsche Bank z dnia 17 marca 2015 r. na okoliczność ustalenia treści złożonych wyjaśnień co do gwarancji wadialnej złożonej przez Konsorcjum; (iv) korespondencję e-mailową z dnia 8 oraz 11 maja 2015 r. pomiędzy Odwołującym a przedstawicielami GDDKiA oraz Autostrady Wielkopolskiej, wydruki informacji ze strony internetowej GDDKiA oraz Strabag, wydruki internetowe ze strony mojeauto.pl., wyborcza.pl na okoliczność wykazania złożenia nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie oraz TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem / realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: 1. Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16: Zadanie nr 1: od początku opracowania w kilometrze projektowanym 0+000 (istn. 132+220) do km ok. 10+000 (za węzłem Olsztyn - Południe); 2. Budowa S51 Olsztyn - Olsztynek na ode. Olsztyn Wschód - Olsztyn Południe (dawniej: Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16: Zadanie nr 2: od km ok. 10+000 do końca opracowania w km ok 24+701 (za węzłem Olsztyn - Wschód).

W pkt 7.2 3) b) 1) Tomu I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców Zamawiający wskazał warunki jakie musi spełniać osoba pełniąca funkcję Inżyniera Kontraktu - osoba proponowana do pełnienia funkcji - Inżyniera Kontraktu: wymagana liczba osób: 1 (1 osoba na dwa Kontrakty) Doświadczenie zawodowe: 1. Minimum 36 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 300 mln PLN brutto każde na stanowisku/ stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu. 2. Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowiskach związanych z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub stanowisku/stanowiskach kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP, w tym co najmniej na 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia. Doświadczenie zdobyte w okresie wskazanym w pkt 2 może obejmować doświadczenie zdobyte w okresie wskazanym w pkt 1. Jako zakończenie zadania

obejmującego budowę lub przebudowę należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

W pkt 7.2 3) b) 3) Tomu I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców Zamawiający wskazał warunki jakie musi spełniać osoba Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej - wymagana liczba osób: 2 (na każdy Kontrakt 1 osoba). Doświadczenie zawodowe: Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 200 mln PLN brutto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 7 km lub Inspektora Nadzoru robót drogowych

W złożonej ofercie Konsorcjum wskazało pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu - p. P. L. wykazując jego doświadczenie jako Dyrektora Kontraktu m.in. w okresie od 1 marca 2009 r. do 31 marca 2013 r. (zadanie: Budowa odcinka płatnej autostrady A2 Nowy Tomyśl - Świecko) oraz od 1 lutego 2009 do 30 czerwca 2010 r. (zadanie: Przebudowa nawierzchni w celu uzyskania konstrukcji docelowej na odcinku 3 autostrady płatnej A 2 Nowy Tomyśl - Komorniki).

Do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru specjalności Inżynierskiej drogowej - p. M. B. wykazując jego doświadczenie jako Kierownika Budowy w okresie od 1 lipca 2011 r. do 31 grudnia 2012 r. (zadanie Budowa Drogi Ekspresowej S3 Świnoujście - Jakuszyce na odcinku od Gorzowa Wlkp. do węzła Międzyrzec Północ Odcinek 113) oraz Kierownika Robót Drogowych w okresie od 1 grudnia 2007 r. do 31 sierpnia 2009 r. (Kontrakt nr FS-2004/PL/16/C/PT/008-3 Budowa drogi ekspresowej S3 Szczecin - Gorzów Wlkp. odcinek III węzeł Myślibórz (bez węzła) - węzeł Gorzów Północ (bez węzła)).

Izba ustaliła, że do oferty Konsorcjum EUROCONSULT SA oraz TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. dołączyło dokument zatytułowany Gwarancja wadialna nr 874BG011401715 (dalej

„Gwarancja”) wystawiony przez Deutsche Bank Polska S.A. w dniu 21 listopada 2014 r. (str. 214 oferty Konsorcjum). Z treści gwarancji wynika, że bank wystawił przedmiotowy dokument na potrzeby oferty składanej przez firmę EUROCONSULT S.A. z siedzibą Avenida Camina de lo Cortao 17, 28700 San Sebastian de les Reyes (Madrid) w postępowaniu. W dniu 25 lutego 2015 r. EUROCONSULT S.A. skierowało do GDDKiA Oddział w Olsztynie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni. Do oświadczenia został dołączony dokument Zmiana nr 1 do gwarancji wadialnej nr 87BG01401715 datowany na dzień 24 lutego 2015 r. zawierający oświadczenie Deutsche Bank Polska o treści Niniejszym przedłużamy termin ważność naszej ww. gwarancji wystawionej za zobowiązanie firmy EUROCONSULT S.A., (...) do dnia 18 maja 2015r. (...).”

W dniu 3 marca 2015 r. GDDKiA Oddział w Olsztynie skierowała do Gwaranta - Deutsche Bank Polska S.A. pismo znak: GDDKIA-0/0L-D3-KP-2N-2814-01-6/14-15 zwracając się o wyjaśnienie czy przedmiotowa gwarancja (...) obejmuje zabezpieczenie roszczeń Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych / Autostrad w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 w stosunku do całego Konsorcjum, w tym do TRAKT Sp. z o. o. Sp. k. - Partner Konsorcjum, ul. Jesionowa 15,40-159 Katowice.

W odpowiedzi pismem z dnia z dnia 17 marca 2015 r. Gwarant stwierdził, że Gwarancja obejmuje zabezpieczenie Państwa roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do całego Konsorcjum.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 12 maja 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie oraz TRAKT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 18 maja 2015 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie go w całości.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

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 bankowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań spółki Euroconsult S.A., z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną czyli spółki Trakt sp. z o.o. sp. k.

Na wstępie podkreślić należy, że stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z 29.8.1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), (dalej „**Prawo Bankowe**”) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądowym, zobowiązanie z gwarancji bankowej, 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. Ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta. W tym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 7.1.1997 r., I CKN 37/96, OSP 1997, Nr 5, poz. 97, podnosząc, iż *"istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłączenie*

rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji". W konsekwencji wyłączenia jest możliwość podnoszenia zarzutów ze stosunku podstawowego będącego przedmiotem zabezpieczenia oraz stosunku zlecenia udzielenia gwarancji. Zakres zarzutów ograniczony jest zatem zasadniczo do ważności i istnienia stosunku prawnego gwarancji oraz zarzutów z treści gwarancji bankowej. Te ostatnie polegają na powołaniu się przez gwaranta na niespełnienie przesłanek zapłaty określonych w liście gwarancyjnym.

Na tle analizowanej sprawy spór dotyczył prawidłowości określenia treści gwarancji w przypadku ubiegania się o zamówienie przez konsorcjum wykonawców i ustalenia czy do skutecznego wniesienia wadium konieczne jest wymienienie w liście gwarancyjnym wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

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 nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji bankowej przesądzają bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić bankowi na skuteczne uchylene się od wypłaty sumy gwarancyjnej.

Przed 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 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 bank (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. Za błędne należy również uznać konstruowanie odpowiedzialności solidarnej z samego faktu złożenia wspólnej oferty. W literaturze przedmiotu podnosi się w związku z brzmieniem art. 369 KC, iż zobowiązanie solidarne wymaga szczególnego tytułu, dla jego zaistnienia nie jest bowiem wystarczająca sama tylko wspólnota celu powiązań między dłużnikami. Brakuje również wystarczających podstaw do uznania umowy konsorcyjnej za czynność prawną w rozumieniu art. 369 KC zastrzegającą solidarność zobowiązania wykonawców w stosunkach zewnętrznych z zamawiającym. Umowa konsorcyjna wywołuje bowiem skutek tylko między jej stronami, a nie w stosunku do zamawiającego. Przez czynność prawną jako podstawę solidarności należy rozumieć zatem tylko umowę z zamawiającym. Wynika to stąd, iż nie można nikogo zobowiązać bez jego zgody ani też przyznać mu określonego prawa, jeśli sobie tego nie życzy, trzeba stwierdzić, iż przy czynności prawnej jednostronnej solidarność wchodzi w grę tylko wtedy, gdy upoważnienie do jej dokonania zawarte zostało we wcześniejszej umowie. Podnoszony więc przez Przystępującego argument o solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum zawartej w umowie konsorcyjnej jest bez znaczenia, gdyż nie rodzi ona żadnych skutków w stosunku do Zamawiającego, który nie jest stroną tego stosunku zobowiązanego i nie może wywodzić w stosunku do siebie żadnych praw z niego wynikających.

W ocenie Izby 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.

Przedstawiona przez Przystępującego interpretacja art. 23 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 pkt 1 nie może być dokonywana w oderwaniu od przepisów ustawy Prawo Bankowe, które zostały pominięte przez Przystępującego. Sposób udzielenie ważnego wadium i wymogi z nim związane nie są objęte regulacją ustawy Pzp i w tym zakresie należy stosować przepisy Prawa Bankowego. Oczywistym jest, że przesłanki wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 pkt 1 ustawy Pzp odnoszą się do wykonawcy. W przypadku konsorcjum jednak nie mamy do czynienia z osobnym podmiotem prawnym (co Izba uzasadniła powyżej) lecz z wielością podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie można podzielić poglądu Przystępującego, że dla Zamawiającego ważny jest zawsze wyłącznie skutek w postaci odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę rozumianego jako konsorcjum przy czym nie ma znaczenia czy przyczyna zaistnienia skutku istnieje po stronie wszystkich członków konsorcjum czy tylko jednego. Powyższe wnioski mogłyby być wyłącznie zasadne w przypadku, gdy konsorcjum z mocy prawa uważane byłoby za podmiot prawa, mogący we własnym imieniu zaciągać prawa i obowiązki. W obecnych jednak regulacjach nie zostały wprowadzone takie przepisy. W konsekwencji Izba stoi na stanowisku, że w przypadku, gdy np. odmowa zawarcia umowy wystąpi po stronie wykonawcy niebędącego objętym gwarancją bankową, to bank ma zasadne prawo odmówić wypłaty należnej Zamawiającemu sumy. Potwierdza to zresztą treść samej gwarancji. Wskazane jest w aneksie nr 1, że dotyczy ona zobowiązania spółki Euroconsult S.A. W sytuacji, gdy spółka ta wykona ciążące na niej zobowiązanie i podpisze umowę, to brak jest podstaw do żądania przez Zamawiającego wypłaty przez bank wartości wadium z powodu niewykonania zobowiązania przez spółkę Trakt sp. o.o. sp.k., gdyż w treści gwarancji brak jest jakiegokolwiek wskazania, że również w przypadku uchybień w realizacji zobowiązań tego podmiotu Zamawiający ma prawo żądać wypłaty wadium.

Co do pisma Deutsche Bank z dnia 17 marca 2015 r., to po pierwsze datowane jest po terminie składania ofert. Po drugie, jak Izba wskazała powyżej, ze względu na abstrakcyjny charakter zobowiązania wynikającego z gwarancji bankowej tylko treść gwarancji bankowej stanowi podstawę ustalenia zakresu zobowiązania banku. Pismo z dnia 17 marca 2015 r. nie może być

traktowane jako aneks do gwarancji, gdyż nie zawiera w sobie wymaganych elementów wynikających z ustawy Prawo Bankowe.

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.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Jednakże okoliczności i dowody złożone przez Odwołującego uzasadniałyby wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w kwestii doświadczenia zawodowego p. P. L. oraz p. M. B. . Jednakże w uwagi na wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ewentualne wezwanie Przystępującego do złożenia powyższych wyjaśnień jest bezprzedmiotowe i nie mogące mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż wykonawca ten nie może uczestniczyć w postępowaniu ze względu na brak wniesienia wadium w wymaganej formie.

Na wstępie wskazać należy, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, jeśli w toku postępowania złożą oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: (i) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp; oraz (ii) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Co do pierwszej z w/w przesłanek, to należy wskazać, iż w najnowszym orzecznictwie sądowym jak i Krajowej Izby Odwoławczej postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami, zawinieniem i przyczynami podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w toku postępowania przetargowego. Wskazać tu należy na orzeczenie Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., gdzie orzeczono, że konieczną przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wprowadzenie w błąd zamawiającego, a działanie takie musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Natomiast Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z 19 lipca

2012 r. podniósł, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Ponadto Sąd stwierdził na tle art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2014/18/WE, że wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Istotne również dla powyżej kwestii jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w sprawie z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A. Choć wyrok ten został wydany w zakresie art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2014/18/WE, ale ze względu na użycie na gruncie art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2014/18/WE częściowo tego samego zwrotu - „winny poważnego” w odniesieniu do czynności wprowadzenia w błąd, należy zgodnie z dyrektywą konsekwencji terminologicznej przypisać to samo znaczenie zwrotowi „winny poważnego” w zakresie, w jakim odnosi się do czynności wprowadzenia w błąd. Wskazać należy, że Trybunał uznał, że pojęcie „winy poważnego wykroczenia zawodowego” należy rozumieć w ten sposób, iż odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Trybunał wskazał więc termin „winny poważnego” obejmuje swoim zakresem zamiar uchybienia oraz poważne niedbalstwo. W ocenie Izby mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości oraz dotychczasowe orzecznictwo sądowe jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej należy stwierdzić, że możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego za przekazanie nieprawdziwych informacji będzie występować w sytuacji, gdy wykonawca przekazuje takie informacje z zamiarem wprowadzenia w błąd zamawiającego lub jego działaniu można przypisać cechy rażącego niedbalstwa. Oznacza to, że podstawą do wykluczenia wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji nie zajdzie w przypadku, gdy informacje to są przekazane w wyniku zwykłego niedbalstwa czy winy nieumyślnej.

Dalej wskazać należy, że kodeks cywilny nie zawiera definicji winy. W literaturze przedmiotu brak jest również jednolitego stanowisko jak powyższe pojęcie winno być interpretowane. W nowszej literaturze postuluje się o jednakowe rozumienie w prawie karnym i cywilnym (zob. E. Gniewek – Komentarz do Kodeksu cywilnego). W nauce prawa cywilnego przyjmuje się, w ślad za konstrukcją prawa karnego, że w wypadku winy umyślnej sprawca chce wyrządzić drugiemu szkodę lub naruszyć ciężący na nim obowiązek albo przewidując możliwość takiego zachowania

co najmniej świadomie godzi się na powstanie takiego skutku. Wina umyślna jest zawsze świadoma, a dłużnik ma rozeznanie znaczenia swojego zachowania (zob. K. Pietrzykowski – Kodeks Cywilny. Komentarz). Daje wskazać należy, że w doktrynie prawa cywilnego umyślność stanowi cechę podmiotową w konstrukcji winy (zob. P. Machnikowski - System Prawa Prywatnego, T.6 Prawo zobowiązań – część ogólna). Oznacza to, że dopiero stwierdzenie umyślności (zamiaru) wykonawcy w przekroczeniu przepisów ustawy Pzp pozwala przypisać mu winę. W kontekście zamówień publicznych i podawania nieprawdziwych informacji przez wykonawców zasadnicze znaczenie będzie miało ustalenie zamiaru jakim kierował się dany wykonawca podając nieprawdziwe informacje w toku postępowania przetargowego. Ustalenie owego zamiaru musi nastąpić poprzez analizę okoliczności faktycznych poprzedzających oraz towarzyszących złożonemu nieprawdziwych informacji, jak również tych które nastąpiły już po złożeniu takich informacji, a mogących mieć skutki dla oceny zamiaru wykonawcy. To na ich podstawie Izba ustala czy działanie wykonawcy nie było obarczone błędem, a tym samym czy należy je oceniać, jak nieświadome, a w konsekwencji niezamierzone i nieumyślne czy też wykonawca działał świadomie, z zamiarem przekazania nieprawdziwych informacji w celu przyznania mu zamówienia publicznego. Co do rażącego niedbalstwa wskazać należy Kodeks cywilny odróżnia rażące niedbalstwo od tzw. zwykłego niedbalstwa. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się dłużnika (zob. Z. Radwański „Zobowiązania”, s. 268). W kontekście zamówień publicznych, elementem koniecznym do ustalenia czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa jest ustalenie standardu staranności jakim winien wykazać się wykonawca. Nie ulega wątpliwości, że w przeważającej mierze wykonawcami są przedsiębiorcy, co oznacza, że należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego). Konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy należy brać pod uwagę, że prowadzona przez wykonawcę działalność profesjonalna uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do jego umiejętności w zakresie prowadzonej działalności.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że Odwołujący przedłożył w poczet materiału dowodowego informacje prasowe oraz korespondencję e - mailową na podstawie której rodzą się zasadne wątpliwości co do doświadczenia zawodowego p. P. L. . Wynika z nich bowiem po pierwsze, że okres pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu w zadaniu Budowa odcinka płatnej autostrady A2 Nowy Tomyśl – Świecko jest inny niż wskazany w ofercie. Wątpliwości rodzą się również co do charakteru i zakresu zadania polegającego na Przebudowie nawierzchni w celu uzyskania konstrukcji

docelowej na odcinku 3 autostrady płatnej A2 Nowy Tomyśl - Komorniki. Przedstawione dowody rodzą pewne wątpliwości co do doświadczenia p. P. L. . Nie dają jednak wystarczającej podstawy do stwierdzenia, iż złożone zostały informacje nieprawdziwe. Informacje internetowe mają ograniczoną moc dowodową. Trzeba bowiem wskazać nie zawsze odzwierciedlają one stan aktualny, nie ma obowiązku ich regularnego aktualizowania. W celu ustalenia czy rzeczywiście Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje Zamawiający winien wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień powyższych kwestii. Zamawiający winien również uzyskać niezbędne informacje od Autostrady Wielkopolskiej. Tylko bowiem po zebraniu takich informacji i wyjaśnieniu ich z odpowiednimi podmiotami można zweryfikować czy rzeczywiście zostały złożone nieprawdziwe informacje. Zważywszy jednak, że Izba wykluczyła Przystępującego z postępowania z uwagi na brak wniesienia wadium w prawidłowej formie, wyjaśnienie powyższych kwestii, w tym wezwanie Przystępującego nie ma znaczenia dla dalszego postępowania, gdyż Przystępujący nie jest już jego uczestnikiem.

Co do osoby p. M. B. wskazać należy, że Zamawiający wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do wartości inwestycji pierwotnie wskazanej w ofercie tj. główny inspektor nadzoru przy budowie autostrady płatnej A2 Nowy Tomyśl-Świecko, błędnie określił wymaganą kwotę inwestycji tj. 300 milionów złotych, zamiast 200 milionów, jak wynika z SIWZ. Przystępujący wyjaśnił podczas rozprawy, że kierując się treścią wezwania dokonał zamiany inwestycji, gdyż ta pierwotnie wskazana nie spełniała wymaganej w wezwaniu wartości. Powołał się w treści wyjaśnień z dnia 13 kwietnia 2015 r. na doświadczenie p. B. zdobyte w związku z pełnieniem funkcji Kierownika Robót Drogowych przy Budowie drogi ekspresowej S3 Szczecin – Gorzów Wlkp. Odcinek III węzeł Myślibórz (bez węzła) - węzeł Gorzów Północ (bez węzła). Wskazał ponadto, że pierwotnie wskazana w treści oferty inwestycja spełniała wymagania stawiane przez Zamawiającego co do wartości, a w ofercie błędnie wskazano jej wartość. Na dowód czego przedstawił korespondencję e – mailową z przedstawicielem spółki Strabag.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała po pierwsze, że błędnie zostało sformułowane wezwanie do złożenia wyjaśnień. Zamawiający błędnie określił wymaganą wartość inwestycji. Co prawda Przystępujący mógł powyższą okoliczność podnieść udzielając wyjaśnień, jednakże nieuczynienie tego nie może rodzić po jego stronie negatywnych konsekwencji, gdyż źródłem błędu jest Zamawiający, nie zaś wykonawca. Dalej wskazać należy, że, gdyby nie wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający byłby zobowiązany do ponownego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do wartości inwestycji wskazanej w ofercie, podając w treści wezwania prawidłową kwotę. Tylko bowiem w takiej sytuacji wykonawca mógłby mieć możliwość wyjaśnienia zaistniałych rozbieżności.

W konsekwencji uznać należy, że zarzut postawiony przez Odwołującego w stosunku do doświadczenia zawodowego p. M. B. zdobytego podczas inwestycji wskazanej w treści wyjaśnień z dnia 13 marca 2015 r. jest, z powodów wyżej opisanych okoliczności, zarzutem przedwczesnym. Przystępujący winien mieć bowiem w pierwszej kolejności prawo wykazania, że pierwotnie wskazana inwestycja spełnia wymagania wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Ponieważ jednak Przystępujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, którego wykonawca ten nie jest już uczestnikiem. Ponadto gdyby Przystępujący nie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający były zobowiązany wyjaśnić kwestię terminów pełnienia przez p. B. funkcji Kierownika Budowy dla zadania Budowa Drogi Ekspresowej S3 Świnoujście - Jakuszyce na odcinku od Gorzowa Wlkp. do węzła Międzyrzec Północ Odcinek 113. Dowody przedłożony przez Odwołującego nie mogą wprowadzają bowiem wątpliwości czy daty zawarte w ofercie są precyzyjne, nie stanowią jednak w ocenie Izby wystarczającego i wiarygodnego materiału dowodowego do uznania, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego o braku możliwości nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z powodu braku zarzut naruszenia powyższego przepisu przez Odwołującego. Zadaniem Izby jest analiza stanu faktycznego sprawy i przyporządkowanie ustaleń faktycznych do określonej normy prawnej. Błędne wskazanie przepisu prawa nie zwalnia Izby od jego zastosowania. W ustalonym stanie faktyczny zasadne byłoby ponowne, poprawne wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do wartości inwestycji przy budowie autostrady płatnej A2 Nowy Tomyśl-Świecko, nie zaś wykluczenia wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji, o co wnosił Odwołujący.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) 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:

.....