

WYROK

z dnia 17 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Barbara Bettman
Anna Chudzik**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2015 r. przez **wykonawcę Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Starogardzie Gdańskim** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Starogardzie Gdańskim, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.**

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Zamawiającego: Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku** na rzecz **wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła autostrady A1*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 4 września 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi iż gwarancja wadialna nie zabezpieczała oferty ww. wykonawców oraz z uwagi na niezgodność treści złożonej oferty z SIWZ jak również jako zawierającą rażąco niską cenę. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim, odrzucenie oferty ww. wykonawców, wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego alternatywnie wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tym zakresie, t.j. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez ww. wykonawców.

Zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim stało się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 15 września 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 7 września 2015 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2015 r.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim (zwanych również: „Przystępującym PBD”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła autostrady A1.*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, pkt 4 „Przedmiot zamówienia”, str. 6/

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący PBD złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

1. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim – liczba punktów: 100;
2. Wykonawca Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie – liczba punktów: 95,17.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 sierpnia 2015 r./.

Przystępujący PBD do swojej oferty dołączył m. in. Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium, z której wynika iż Zleceniodawcą jest Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim. Z gwarancji tej wynika, iż Zleceniodawca w związku z ogłoszonym przetargiem na wykonanie, t.j.: *Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła autostrady A1 złożył ofertę zgodną z ustalonymi wymogami.*

/dokumentacja postępowania: oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim, str. 73/

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 4 sierpnia 2015 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 4 sierpnia 2015 r./.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 4 sierpnia 2015 r. wykonawca złożył Zamawiającemu w dniu 12 sierpnia 2015 r. stosowne wyjaśnienia.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 12 sierpnia 2015 r./.

Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców: wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 sierpnia 2015 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 4 września 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 4 września 2015 r. ./

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania zostały uwzględnione.

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego PBD z postępowania, z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium. Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polegała – w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej - na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań wykonawcy - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S. A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną (t.j. wykonawcy „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim).

Owszem – jak wskazał Przystępujący PBD - umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w sposób szczegółowy w przepisach ustawowych. Jediną regulacją jaką przewidziano to rozwiązanie przyjęte 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 - wobec powyższego w ocenie Izby - 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.

Należy również zwrócić uwagę na treść art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Przez wadium zaś, na podstawie art. 70⁴ § 1 K.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, należy rozumieć sumę pieniężną albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, które

wykonawca powinien wpłacić Zamawiającemu lub ustanowić na jego rzecz, pod rygorem niedopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem wobec powyższego - co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - „*instytucja wadium w rozumieniu nadanym w art. 70^d § 1 Kodeksu cywilnego służyć ma zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu i w takim znaczeniu transponowana jest do art. 45 i 46 ustawy Pzp. Za prawidłowe zabezpieczenie pożądanym w świetle przepisów ustawy zachowań składającego ofertę uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy (art. 45), ale również w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp”.* (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/ UZP 594/10). Z powyższego wywnioskować można w sposób jednoznaczny, że gwarancja wadialna musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości, zarówno w zakresie przedmiotowym jak i podmiotowym, zaś gwarancja ubezpieczeniowa złożona w niniejszym postępowaniu tego warunku nie spełnia, a nieustalenie zakresu podmiotowego czy też przedmiotowego powoduje nadwyrężenie pewności nieuchronności realizacji zabezpieczenia przez Zamawiającego.

W niniejszej sprawie treść gwarancji ubezpieczeniowej nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania zobowiązanego, którym jest wyłącznie wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim. 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 należy uznać, że tak ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego nie zapewnia Zamawiającemu możliwość skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego członka Konsorcjum.

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 powinno nastąpić na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum.

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.

Ponadto podkreślić należy, iż 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. Zatem wobec abstrakcyjnego charakteru tego zobowiązania bezzasadnym byłoby poszukiwanie poza treścią tego stosunku prawnego podmiotowego zakresu zobowiązania. Powyższe potwierdza również wyrok SN z dnia 7 stycznia 1997 r., sygn. akt I CKN 37/96, z którego wynika, że „*Gwarant nie jest zobowiązany do zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji gdy przejęcia długu zabezpieczony gwarancją dług obciąża inny podmiot niż wymieniony w umowie. Ryzyko gwaranta nie może obejmować okoliczności nie przewidzianych w umowie stron*” (Wyrok SN z dnia 7 stycznia 1997 r., sygn. akt I CKN 37/96, OSP 1997/5/97). Tym samym powoływanie się wobec gwaranta na okoliczności dotyczące relacji wykonawców z Zamawiającym może być uznane za bezskuteczne.

Nie można zatem podzielić stanowiska Przystępującego PBD, że o skutecznym wniesieniu wadium przesądza fakt, iż spółka działała jako lider konsorcjum, na podstawie umowy konsorcjum, umocowującej do złożenia wadium. Z powyższego wynika jedynie, że ww. spółka - Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim - była uprawniona do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum. Treść umowy konsorcjum 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. Jak wskazuje się w praktyce *„Oferenci występujący w formie konsorcjum muszą mieć świadomość, że ubezpieczeniowa gwarancja wadialna wystawiona wyłącznie na jednego członka konsorcjum może się okazać bezskuteczna w sytuacjach, w których zamawiający będzie chciał z niej skorzystać z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta nieobjętego gwarancją, a wtedy zamawiający zostanie pozbawiony ochrony, gdyż nie będzie mógł skorzystać z ustanowionego zabezpieczenia”*. (Eugeniusz Kowalewski oraz Władysław Wojciech Mogilski w *„Gwarancji ubezpieczeniowej członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego”*; źródło: *„Wiadomości Ubezpieczeniowe”*, nr 1/2014 r.).

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 ubezpieczeniową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylecia 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. Analogiczne stanowisko wyrażono w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, t.j. w wyroku z dnia 7 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2694/14, w wyroku z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt KIO 813/15, w wyroku z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 974/15 oraz w wyroku z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1251/15, jak również w orzecznictwie sądów okręgowych, np. w wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, Wydział III Cywilny – Odwoławczy z dnia 24 marca 2005 r., sygn. akt III Ca 39/05.

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

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Starogardzie Gdańskim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp. Nie wykazano niezgodności

treści oferty z SIWZ, a złożone przez ww. wykonawców w dniu 12 sierpnia 2015 r. wyjaśnienia rozwiały wątpliwości dotyczące treści oferty i z pewnością wezwanie Zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2015 r. – wobec ogólnej treści tego wezwania – nie można było zakwalifikować jako wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie to wyraźnie odnosiło się to art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zaś konsekwencją nieudzielenia wyjaśnień miało być odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego PBD z uwagi na rażąco niską cenę. Jak słusznie wskazał Przystępujący PBD zarzut postawiony przez Odwołującego nie odnosił się do ceny globalnej, a do cen w zakresie poszczególnych cen jednostkowych, zatem nie można przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazano na rozprawie Zamawiający wzywał Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, wezwanie to dotyczyło kilku pozycji, nie całości oferty, nie dotyczyło ceny globalnej. Zamawiający nie wzywał Przystępującego PBD w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienia, nie wzywał o wskazanie, powołanie się na okoliczności wynikające z tego artykułu do odniesienia się do zaoferowanej ceny ogółem. Biorąc pod uwagę treść wezwania, nie było to wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wzywał o złożenie stosownych dowodów, zatem w żadnej mierze nie można mówić, że było to wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Przystępujący PBD zauważył, iż Odwołujący co do jednego stanu faktycznego - w tym przypadku kilku pozycji – przypisał Przystępującemu PBD kilka zarzutów, w tym również niezgodności treści oferty z SIWZ. Przystępujący PBD na rozprawie potwierdził, iż - co do niezgodności treści oferty z SIWZ - odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, uwzględniając wszystkie niezbędne koszty. Zgodzić się również należy z Przystępującym PBD, że – co do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji - nie zostało wykazane, że Przystępujący PBD działał w celu eliminacji innych wykonawców z rynku.

Wobec potwierdzenia się niektórych zarzutów odwołania – t.j. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S. A. oraz „ROKA” Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Starogardzie Gdańskim, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....