

Sygn. akt: KIO 969/15

WYROK
z dnia 25 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu (pełnomocnik) oraz SGS Polska Sp. z o.o z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział Lublin

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie (pełnomocnik) oraz TRAKT Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu (pełnomocnik) oraz SGS Polska Sp. z o.o z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu (pełnomocnik) oraz SGS Polska Sp. z o.o z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Lublinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział Lublin (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą:

„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin - Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) - granica województwa mazowieckiego i lubelskiego:

- *Cześć/Kontrakt 1 odcinek Garwolin (koniec obwodnicy) - Gończyce (koniec obwodnicy) od ok. km 49+973 do km 62 + 200 długości ok 12,227 km,*
- *Cześć/Kontrakt 2 odcinek Gończyce (koniec obwodnicy - granica województwa mazowieckiego i lubelskiego od ok. km 62 + 200 do ok. km 75 +212 długość ok. 13,012 km”*

11 maja 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu (pełnomocnik) oraz SGS Polska Sp. z o.o z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp), wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego obejmujących:

- 1) badanie i ocenę ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Euroconsult S.A. z siedzibą w Madrycie (pełnomocnik) oraz Trakt Sp. z o.o. Sp, k. z siedzibą w Katowicach (dalej: Wykonawca);
- 2) zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy, mimo niezłożenia przez Wykonawcę wadium i zaniechanie odrzucenia jego oferty;
- 3) uznanie, iż Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu na podstawie wielokrotnie dokonywanych uzupełnień i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 2) w zw. z 45 ust. 1 i nast. Ustawy przez uznanie, iż złożona gwarancja wadialna, która została wydana celem zabezpieczenia oferty firmy

Euroconsult S.A. AVDA, zabezpiecza skutecznie ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Euroconsult S.A. z siedzibą w Madrycie (pełnomocnik) oraz Trakt Sp. z o.o. Sp, k. z siedzibą w Katowicach,

- art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy przez uznanie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu po dokonaniu wielokrotnych uzupełnień,
- a w ich wyniku naruszenie art. 7 ustawy oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania: w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie Odwołującego szkody, w przypadku utrzymania decyzji Zamawiającego w mocy. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego to oferta Odwołującego, zostałaaby uznana za najkorzystniejszą, Tym samym Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, a utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia Zamawiającego prowadzi do możliwości powstania szkody po stronie Odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że w dniu 30 kwietnia 2015 roku otrzymał informację drogą transmisji faksu o wyborze w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy. Po dokonaniu analizy oferty Wykonawcy, Odwołujący powziął wątpliwości w zakresie prawidłowości oceny dokonanej przez Zamawiającego i uznał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy.

I.

Odwołujący wskazał, że celem zabezpieczenia oferty w pkt 11 SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium. Zgodnie z pkt 11.1. SIWZ Wykonawca był zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości: 260 000 PLN (słownie: dwieście sześćdziesiąt tysięcy złotych 00/100), natomiast w pkt 11.2. Zamawiający wskazał, że Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach, w zależności od wyboru Wykonawcy:

- a) pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy w Banku Gospodarstwa Krajowego nr 70

- 1130 1206 0028 9129 2790 0001 poręczeniach bankowych;
- b) poręczeniach pieniężnych spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych;
- c) gwarancjach bankowych;
- d) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 roku o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości {Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275}.

Analiza treści złożonej Gwarancji wadialnej nr 874BG01401717 z dnia 21 listopada 2014 r. wskazuje, iż gwarancja ta nie została wystawiona celem zabezpieczenia oferty Wykonawcy, czyli konsorcjum firm Euroconsult S.A. oraz Trakt Sp. z o.o. Sp. k., a jedynie nie złożonej w postępowaniu oferty firmy Euroconsult S.A. AVDA.

Deutsche Bank, wystawca gwarancji, złożył oświadczenie o następującej treści:

„Zostaliśmy poinformowani, że odpowiadając na Państwa zaproszenie do składania ofert w związku z przetargiem na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie projektem pn: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej SI 7 Garwolin Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) - granica województwa mazowieckiego i lubelskiego:

- Część/Kontrakt 1 odcinek Garwolin (koniec obwodnicy) - Gończyce (koniec obwodnicy) od ok. km 49+973 do km 62 + 200 długości ok 12,227 km,
- Część/Kontrakt 2 odcinek Gończyce (koniec obwodnicy) - granica województwa mazowieckiego i lubelskiego od ok. km 62 + 200 do ok. km 75 +212 długość ok. 13,012 km”.

firma EUROCONSULT, S.A., AVDA. Comino de la Cortao, 17,28703 San Sebastian de los Reyes, Madrid, Spain, C./F. A28217735, złożyła Państwu ofertę, a Państwa warunki przewidują, że zostanie wystawiona gwarancja bankowa na wadium w wysokości PIN 260 000,00. (...)

Gwarancja wystawiona tylko na jednego członka konsorcjum, nie zabezpiecza w sposób należyty oferty konsorcjum i może prowadzić do odmowy zapłaty z tytułu gwarancji, w przypadku kiedy konsorcjum odmówi zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Wynika to zarówno z charakteru instytucji konsorcjum, jak również przepisów ustawy i kodeksu cywilnego oraz prawa bankowego.

Charakter prawny konsorcjum wykonawców

W praktyce zamówień publicznych termin „konsorcjum” jest używany na określenie wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o udzielenie zamówienia. Jest to skrótowa forma ustawowego terminu „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia” (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp). Istotą takiego konsorcjum jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Konsorcjum jako takie nie jest jednak samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, odrębnym od poszczególnych konsorcjantów. Nie jest również trwałym związkiem gospodarczym, gdyż najczęściej jego członkowie łączą siły dla jednorazowego przedsięwzięcia, np. uzyskania zamówienia publicznego. Motywem tworzenia konsorcjum jest zwykle dążenie do zwiększenia potencjału technicznego, osobowego i finansowego jego członków, w celu zwiększenia szans na osiągnięcie zakładanego sukcesu, w szczególności - wygrania przetargu. W praktyce występują w tej formie zarówno spółki cywilne, jak i podmioty wcześniej ze sobą niepowiązane. Umowa konsorcjum należy do kategorii umów nienazwanych, zawieranych zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353(1) k.c.). Choć ma ona pewne cechy umowy spółki (art. 860 i nast. k.c.), wykazuje jednak zasadnicze różnice. Chodzi przede wszystkim o brak wkładów, co powoduje, że w konsorcjum nie powstaje wspólny majątek konsorcjantów, a zatem (inaczej niż w spółce cywilnej) nie ma samodzielnych zobowiązań konsorcjum, co rzutuje na jego działalność zewnętrzną. Można powiedzieć, że w sferze zewnętrznej członkowie konsorcjum (konsorcjanci) działają samodzielnie lub przez pełnomocników. Solidarna odpowiedzialność wspólników przewidziana w art. 864 k.c. nie może być odnoszona do tak rozumianego konsorcjum. W sferze zamówień publicznych źródłem solidarności członków konsorcjum jest art. 141 ustawy, zgodnie z którym wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z przepisu tego wynika, że zasada odpowiedzialności solidarnej odnosi się do relacji między konsorcjum (jako wykonawcą) a zamawiającym, a więc nie wywiera skutków prawnych wobec osób trzecich. Podstawową cechą konsorcjum jest wspólne ponoszenie ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Należy odrzucić tezę, iż do konsorcjum mają zastosowanie przepisy k.c. dotyczące spółki, a w tym art. 370 k.c. mówiący o zobowiązaniach dotyczących wspólnego mienia. Art. 370 k.c. nie może być odnoszony do konsorcjum, konsorcjanci nie zaciągają bowiem wspólnych zobowiązań, a nadto, o czym była już mowa, ich zobowiązania nie mogą dotyczyć wspólnego mienia. Konsorcjum nie ma wspólnego majątku, a więc każdy z konsorcjantów odpowiada za długi singularnie całym swoim majątkiem. Nie ma wątpliwości, że w świetle art. 141 ustawy

solidarność konsorcjantów odnosi się wyłącznie do ich odpowiedzialności na etapie wykonania umowy. A contrario, nie odpowiadają oni solidarnie za inne czynności w toku postępowania, w tym za wniesienie wadium. Przepis ten bywa niekiedy interpretowany w ten sposób, że członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie wobec zamawiającego również za zawarcie umowy, a więc jeżeli - jako najkorzystniejsza - zostanie wybrana oferta konsorcjum, wszyscy jego członkowie odpowiadają z tytułu wniesionego wadium. Taka interpretacja nie ma jednak podstaw w przepisach ustawy.

Gwarancja bankowa jako forma wadium

Kluczowe znaczenie dla przedmiotowej kwestii ma analiza bankowej gwarancji wadialnej. Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe, Dz.U. 1997 nr 140 poz. 939, 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. Spośród wielu form gwarancji należy wyróżnić gwarancja wadialną, której celem jest ochrona interesów zamawiającego na wypadek, gdyby oferent wygrywający przetarg nie zawarł umowy na ustalonych warunkach. W takim wypadku gwarant jest zobowiązany do wypłaty zamawiającemu umówionej sumy gwarancyjnej odpowiadającej na kwotę równą wadium. Dzięki temu odpada konieczność wpłaty wadium w gotówce, a więc podmiot składający ofertę nie musi blokować środków na ten cel. Dla niniejszych rozważań miarodajny jest art. 45 ust. 6 ustawy, który jako jedną z form wadium dopuszcza gwarancję bankową. Funkcja gwarancji bankowej przedkładanej jako wadium polega na tym, że bank jako gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty sumy gwarancyjnej w razie niedopełnienia przez „zwycięzcę” przetargu jego powinności dotyczących podpisania kontraktu, przedstawienia zabezpieczeń wykonania kontraktu, itd.

Przedmiot i treść gwarancji

Należy wskazać, że bank jako gwarant ma wobec beneficjenta gwarancji wyłącznie zobowiązanie pieniężne, polegające na wypłacie sumy gwarancyjnej w razie braku gwarantowanego rezultatu. Nie występuje więc zastępcze wykonanie przez gwaranta zobowiązania podstawowego. Gwarancje bankowe pełnią - obok innych instrumentów

finansowych - funkcję ochrony wiarygodności pieniężnych.

Jak się podkreśla, gwarancja wadialna funkcjonuje w ramach wzorca ukształtowanego empirycznie, pod wpływem praktyki i wkładu orzecznictwa sądowego. Umowa gwarancji musi być szczególnie precyzyjnie sformułowana i interpretowana. Wiąże się to z szerokim zakresem odpowiedzialności gwaranta. W treści umowy gwarancji są zwykle określone relacje między zlecającym a beneficjentem, a także zobowiązania zabezpieczone gwarancją. Są to informacje mające zasadnicze znaczenie dla zakresu zobowiązań banku jako gwaranta. Istotny jest standing zlecającego (oferenta), o czym świadczy szczegółowe badanie przed akceptacją gwarancji jego kondycji ekonomicznej oraz zdolności wykonania kontraktu (J. Kukielka, D. Poniewierka, Ubezpieczenia finansowe. Gwarancje ubezpieczeniowe. Ubezpieczenia transakcji kredytowych, BRANTA, Bydgoszcz-Warszawa 2003, s. 93-100.)

Skuteczność gwarancji bankowej członka konsorcjum

Nie powinno być wątpliwości, że w przypadku gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie tylko jednego spośród uczestników konsorcjum (zwanego dalej zobowiązanym) roszczenia z tytułu takiej gwarancji powstają w razie zaistnienia określonych okoliczności dotyczących wyłącznie tego zobowiązanego. Chodzi w szczególności o sytuacje, gdy zobowiązany, którego oferta została wybrana, odmawia podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub z przyczyn leżących po jego stronie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe. Zamawiający w wezwaniu do wypłaty sumy gwarancyjnej musi potwierdzić zaistnienie jednego z tych zdarzeń.

Zarówno stanowisko doktryny, jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) oraz sądów powszechnych jest zróżnicowane, co do kwestii skuteczności gwarancji wystawionej tylko na jednego z Konsorcjantów. Zdarza się, że gwarancję wniesioną w terminie i określającą wymagane przypadki utraty wadium uznaje się za skuteczną także wówczas, gdy została wystawiona tylko na jednego z uczestników konsorcjum. Takie stanowisko (odnośnie gwarancji bankowej) wyraziła np. KIO w wyroku z dnia 4 maja 2011 r. (KIO/UZP 810/11) Zdaniem Izby, dla właściwego zabezpieczenia interesów Zamawiającego nie ma znaczenia, czy gwarancję zleca jeden, czy wszyscy konsorcjanci. Zaniechania każdego z wykonawców składających wspólną ofertę (np. odmowa zawarcia umowy) mają bowiem skutek wobec nich wszystkich, a więc Zamawiający nie może wykluczyć konsorcjum, które wniosło gwarancję wadialną wystawioną na jednego z jego członków. Jednym z częściej

cytowanych jest również wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu Wyrok SO w Poznaniu z dnia 10 czerwca 2006 r. (II Ca 489/06), który rozpoznawał sprawę gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej zapis, iż zakład ubezpieczeń wypłaci wadium tylko wówczas, jeśli wskazany członek konsorcjum nie dokona czynności skutkującej utratą wadium, np. nie podpisze umowy. Powstała wątpliwość, czy jeśli umowy nie podpisze konsorcjant, na którego gwarancja nie opiewa, zakład ubezpieczeń może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej. Sąd okręgowy uznał taką gwarancję za ważną, podkreślając, iż „gwarancja zapłaty wadium przez konsorcjum wystawiona na rzecz jednego członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum”, albowiem wykonawcy ubiegający się wspólnie o uzyskanie zamówienia powinni być traktowani jak jeden wykonawca, a zobowiązaniem do zawarcia umowy jest konsorcjum, zaś odpowiedzialność konsorcjantów jest solidarna (art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. i art. 14 p.z.p.). Przytoczone stanowisko sądu nie zasługuje na aprobatę, gdyż nie ma oparcia w przepisach ustawy. Cytowany art. 141 ustawy Pzp ogranicza solidarną odpowiedzialność konsorcjantów do etapu wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego jej wykonania, a więc nie dotyczy ich odpowiedzialności za skutki przeszkód w zawarciu samej umowy. Nie można podzielić stanowiska, jakoby przepisy Kodeksu cywilnego (stosowane z mocy art. 141 ustawy do postępowania o udzielenie zamówienia) pozwalały przyjąć, iż członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie do zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty. Zastrzeżenia budzi zwłaszcza uzasadnienie sugerujące, iż złożenie oferty przez konsorcjum jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego wspólnego mienia konsorcjantów w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania.

Poza dyskusją jest fakt, iż konsorcjum żadnego wspólnego mienia nie posiada ani nie tworzy. Kwestia ta ma istotne znaczenie nie tylko, ze względów formalnoprawnych, ale i pragmatycznych. Nie tyle chodzi o wadliwość gwarancji, ile o jej nieskuteczność jako wadium. W razie wezwania do realizacji gwarancji z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta, który nie został objęty gwarancją, gwarant najprawdopodobniej odmówi wypłaty, gdyż na podstawie umowy gwarancji jest on zobowiązany do świadczenia na rzecz beneficjenta w sytuacjach opisanych w umowie, odnoszących się wyłącznie do wskazanego tam imiennie wykonawcy (zleceńodawcy gwarancji). Z uwagi na formalizm gwarancji, jakkolwiek interpretacja rozszerzająca jest niedopuszczalna. Taki scenariusz można przewidzieć w każdej sytuacji, w której przy ubieganiu się o zamówienie publiczne

przez konsorcjum gwarancję wadialną składa tylko jeden z konsorcjantów. W sensie materialno-prawnym taka gwarancja nie będzie miała skutków zabezpieczających w stosunku do pozostałych członków konsorcjum, w sensie gospodarczym natomiast nie zabezpieczy w wystarczający sposób interesów Zamawiającego, które w przetargach dotyczących zamówień publicznych powinny być głównym punktem odniesienia (Zob. szerzej na ten temat D. Fuchs, Status ubezpieczonego według Rozporządzenia Rady (W...) nr 44/2001 - wnioski de lege ferenda dla prawodawcy polskiego, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 5, s. 24 i nast.).

Reasumując, należy przywołać zasadę, iż solidarna odpowiedzialność podmiotów ubiegających się wspólnie o uzyskania zamówienia publicznego w formie konsorcjum (art. 141 ustawy) dotyczy wyłącznie ich stosunków z Zamawiającym i nie wywiera skutków prawnych wobec osób trzecich; ponadto, solidarna odpowiedzialność konsorcjantów dotyczy tylko etapu wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc nie obejmuje kwestii wadium. Należy przy tym podkreślić, iż do konsorcjum wykonawców nie można stosować przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących odpowiedzialności współników, ponieważ konsorcjum nie zaciąga własnych zobowiązań ani nie posiada wspólnego majątku. Pogląd przeciwny nie ma oparcia w przepisach prawa. Problem wskazania w gwarancji wadialnej tylko jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum wykonawców należy rozpatrywać w kontekście bezpieczeństwa Zamawiającego. Indywidualna gwarancja jednego z konsorcjantów określa warunki wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w powiązaniu z działaniem lub zaniechaniem tylko tego konkretnego wykonawcy. Toteż gwarancja wadialna skuteczna wobec jednego z członków konsorcjum nie jest w stanie zabezpieczyć w pełni interesów Zamawiającego. Bankowa 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. Powyższego nie zmieniają dodatkowe oświadczenia Deutsche Banku, złożone z datą późniejsza niż termin składania ofert i które nie stanowią zmiany treści gwarancji. Jak zostało wskazane wyżej, gwarancja nie może być interpretowana rozszerzająco, a objęcie gwarancją dodatkowego podmiotu mogło by nastąpić jedynie w formie zmiany do gwarancji bądź też wystawienia nowego dokumentu.

II.

W piśmie z dnia 16 marca 2015 r. Wykonawca wyjaśnił, iż załączony do oferty formularz 3.2 Wiedza i doświadczenie, w punkcie 2 został błędnie wypełniony przez wskazanie projektu „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót podtorza szlaku kolei dużych prędkości Północ - Północy Zachód: Trasa Valladolid - Burgos” i w tym zakresie zawiera informacje nie związane z SIWZ. W związku z powyższym, Wykonawca złożył wypełniony, poprawiony formularz 3.2, oświadczając przy tym, że zebrane w formularzu informacje w pełni wypełniają wymagania SIWZ co do doświadczenia Oferenta.

Następnie w piśmie z dnia 20 kwietnia 2015 roku Wykonawca wskazuje, iż formularz z 16 marca 2015 r. część A kol. 4 jest niepoprawnie wypełniony. Prawidłowa nazwa zadania jest: „Nowa obwodnica zachodnia miasta Malaga. Odcinek: Autostrada AP-7, Węzeł MA - 417”. Kod 43- MA -4250”, tak jak jest napisane w części B kol 4. tego samego dokumentu.

Niepoprawne wypełnienie uzupełnionego formularza, powinno powodować wykluczenie wykonawcy, bez możliwości dalszego uzupełniania dokumentu w tym zakresie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie stanowią de facto - jego uzupełnienie. W takim wypadku naruszona zostaje tzw. zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia określonych dokumentów albowiem działanie takie pozostaje w kolizji z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy).

Zgodnie z wyrokiem KIO 242/15 Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre wnioski, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, choć na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Wskazuje się przy tym, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument służący innym celom, aniżeli wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie uzupełnienie brakującego pełnomocnictwa. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełnienia warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle; traktowane jako wyjątek od zasady, nie pozwalający na szersze, aniżeli wynikające z jego zakresu, zastosowanie.

Możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia odnośnie brakujących lub

błędnych dokumentów nie budzi wątpliwości i wielokrotnie potwierdzona została stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (tak KIO 419/12). Należy przy tym podkreślić, iż dokumentem potwierdzającym zakres czy rodzaj przywołanych w celu wykazania spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia jest wykaz wykonanych robót budowlanych. W wykazie podane zostają dane na temat rodzaju i zakresu doświadczenia pozwalające zakwalifikować je jako odpowiadające opisowi warunku postawionego przez Zamawiającego (KIO 327/11, KIO 349/11). Błędnie poprawiony wykaz nie mógł stanowić zatem podstawy uznania, że Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu i nie mógł zostać poprawiony po raz drugi bez naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy. W związku z powyższym Zamawiający wadliwie uznał, że Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie dokumentu uzupełnionego po raz drugi.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 maja 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie (pełnomocnik) oraz TRAKT Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach, którzy w ustawowym terminie zgłosili

przystąpienie do postępowania odwoławczego, wskazali stronę po której zgłaszają przystąpienie, jak również interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, po której uczestniczą w postępowaniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający pismem z dnia 19 maja 2015 roku złożył *Odpowiedź na odwołanie*.

Uczestnik postępowania odwoławczego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie (pełnomocnik) oraz TRAKT Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach wnieśli w dniu 18 maja 2015 roku *Pismo procesowe Przystępującego*

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2) – *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 terminu związania ofertą w zw. z 45 ust. 1 i nast. ustawy* przez uznanie, że złożona gwarancja wadialna, która została wydana celem zabezpieczenia oferty firmy Euroconsult S.A. AVDA, zabezpiecza skutecznie ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Euroconsult S.A. z siedzibą

w Madrycie (pełnomocnik) oraz Trakt Sp. z o.o. Sp, k. z siedzibą w Katowicach
– Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że wraz z ofertą wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie EUROCONSULT S.A. z siedzibą w Madrycie (pełnomocnik) oraz TRAKT Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach (dalej: konsorcjum EUROCONSULT) złożyli wadium w formie Gwarancji wadialnej nr 874BG01401717 z dnia 21 listopada 2014 r., wystawionej przez Deutsche Bank, której beneficjentem jest Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie.

W gwarancji czytamy: Zostaliśmy poinformowani, że odpowiadając na Państwa zaproszenie do składania ofert w związku z przetargiem na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie projektem pn: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej SI 7 Garwolin Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) - granica województwa mazowieckiego i lubelskiego: - Część/Kontrakt 1 odcinek Garwolin (koniec obwodnicy) - Gończyce (koniec obwodnicy) od ok. km 49+973 do km 62 + 200 długości ok 12,227 km, - Część/Kontrakt 2 odcinek Gończyce (koniec obwodnicy) - granica województwa mazowieckiego i lubelskiego od ok. km 62 + 200 do ok. km 75 +212 długość ok. 13,012 km”, firma EUROCONSULT, S.A., AVDA. Comino de la Cortao, 17,28703 San Sebastian de los Reyes, Madrid, Spain, C.I.F. A28217735, złożyła Państwu ofertę, a Państwa warunki przewidują, że zostanie wystawiona gwarancja bankowa na wadium w wysokości PIN 260 000,00. W związku z powyższym, Deutsche Bank Polska S.A. (...) niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantujemy zapłacić każdą kwotę do łącznej wysokości nieprzekraczającej: PLN 260 000,00 (...)” na Państwa pierwsze pisemne żądanie stwierdzające zaistnienie jakiegokolwiek przesłanki przewidzianej w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku, uzasadniające zatrzymanie przez Państwa wadium, wraz ze wskazaniem tej przesłanki oraz podaniem podstawy prawnej zatrzymania wadium. (...).

Na rozprawie pełnomocnik konsorcjum EUROCONSULT przedstawił Umowę konsorcjum z dnia 12 grudnia 2014 roku, której stronami są EUROCONSULT, S.A. z siedzibą w AVDA CORTAO 17, 28700 San Sebastian De Los Reyes, Madrid i TRAKT Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice. Umowa ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa; na potrzeby prowadzonego postępowania ujawnione zostały: §1 w zakresie

informacji dotyczącej realizacji przedmiotowego zamówienia oraz § 4 ust. 1 – *Partnerzy Konsorcjum występują wspólnie, zobowiązują się do ponoszenia wobec Zamawiającego solidtarnej odpowiedzialności w związku ze wspólnym złożeniem Oferty, w tym za przygotowanie oferty, złożenie oferty, wykonanie kontraktu.* Upublicznione zostało również postanowienie z § 5 ust. 7 lit. b umowy konsorcjum – *Do obowiązków lidera należy: wniesienie wadium.*

Na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 grudnia 2014 roku (przy ofercie, str. 35 i następne) EUROCONSULT, S.A. z siedzibą w AVDA CORTAO 17, 28700 San Sebastian De Los Reyes został ustanowiony pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: *EUROCONSULT, S.A. z siedzibą w AVDA CORTAO 17, 28700 San Sebastian De Los Reyes, Madrid* i TRAKT Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 15, 40-159 Katowice. Zgodnie z postanowieniami ww. pełnomocnictwa pełnomocnictwo powinno być interpretowane rozszerzając jako obejmujące wszelkie czynności w ramach postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia i w szczególności obejmuje uprawnienie do podpisania i złożenia w imieniu wykonawców oferty w postępowaniu wraz z załącznikami.

Deutsche Bank Polska S.A. pismem z dnia 17 marca 2015 roku, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 18 lutego 2015 roku potwierdził, że gwarancja obejmuje zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art 46 ust. 4a i 5 ustawy w stosunku do konsorcjum składającego się z firm *EUROCONSULT, S.A. z siedzibą w AVDA CORTAO 17, 28700 San Sebastian De Los Reyes, Madrid* i TRAKT Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach.

Na wstępie swych rozważań Izba wskazuje, że każdą ze spraw należy rozpatrywać indywidualnie i nie jest właściwym ani uprawnionym stosowanie schematów przy ocenie poszczególnych spraw.

Wskazać należy, że odpowiedzialność solidarna – w rozpoznawanej sprawie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – powstaje z mocy ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 141) w stosunku do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednocześnie wskazać należy, że odpowiedzialność solidarna wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie może powstać na podstawie czynności prawnej (art. 369

Kodeksu cywilnego; dalej „Kc”) tj. umowy konsorcjum. „Solidarność” może zostać zastrzeżona w umowie w sposób wyraźny, przez użycie tego określenia jak również może wynikać z treści umowy w sposób dorozumiany. Istotne jest to w realiach rozpoznawanej sprawy, że zastrzeżenie solidarności może nastąpić zarówno w umowie kreującej stosunek obligacyjny lub odrębnej umowie ale co najważniejsze, może nastąpić w umowie zawartej później w czasie trwania stosunku prawnego (Gerard Bieniek, Helena Ciepła, Stanisław Dmowski, Jacek Gudowski, Krzysztof Kołakowski, Marek Sychowicz, Tadeusz Wiśniewski, Czesława Żuławska; Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga trzecia Zobowiązania, Tom 1, Wydanie 10, str. 110 i nast. LexisNexis). W rozpoznawanej sprawie umowa konsorcjum została zawarta 12 grudnia 2014 roku, pełnomocnictwo liderowi konsorcjum zostało udzielone w dniu 9 grudnia 2014 roku natomiast gwarancja wadialna została wydana w dniu 21 listopada 2014 roku. W ocenie Izby, uwzględniając, że zastrzeżenie ponoszenia wobec Zamawiającego solidarnej odpowiedzialności w związku ze wspólnym złożeniem oferty, w tym jej przygotowanie a więc i jej zabezpieczenie wadium, zostało zawarte w umowie konsorcjum, również ze wskazaniem, że lider tego konsorcjum obowiązany jest do wniesienia wadium, nie może zostać pominięte przy ocenie skuteczności zabezpieczenia oferty wadium.

Izba wskazuje również na to, że w doktrynie przedmiotu pozostaje sporna kwestia kwalifikacji gwarancji bankowej jako jedno bądź dwustronnej czynności prawnej. Przeważa pogląd, że gwarancja bankowa jest umową, choć przeciwnicy tego poglądu wskazują, że za traktowaniem gwarancji jako jednostronnej czynności prawnej przemawiają trudności z określeniem momentu zawarcia umowy pomiędzy bankiem a beneficjentem gwarancji. Gwarancja bankowa, niezależnie od sporów dotyczących jej kwalifikacji, należy określać jako zobowiązanie zaciągnięte przez bank (gwaranta) na zlecenie innej osoby (zlecniodawcy gwarancji), na mocy którego bank obowiązany jest do zapłaty pewnej sumy pieniężnej na żądanie osoby uprawnionej (beneficjenta gwarancji) po spełnieniu przez nią określonych przesłanek (art. 81 ustawy Prawo bankowe). Zaznaczyć należy, że bank udziela gwarancji na zlecenie, a zlecenie to pochodzić może od dłużnika jak również od każdej innej osoby – zlecającego i bank łączy umowa zlecenia (art. 734 Kc). Wskazać należy, że w obowiązującym stanie prawnym nie zostały określone choćby minimalne wymagania co do treści zlecenia a przepisy Prawa bankowego oraz Kc nie określają w jakiej formie ta umowa ma być zawarta (Prawo Bankowe Komentarz, Bernard Smykła, wydanie 2 str. 336 i nast.).

Bank zobowiązuje się do wykonania świadczenia po splonieniu przez beneficjenta gwarancji – Zamawiającego określonych warunków zapłaty. W przypadku gwarancji wadialnej zabezpieczającej złożoną w postępowaniu ofertę dzieje się to na pierwsze pisemne żądanie stwierdzające zaistnienie przesłanek przewidzianych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych po wskazaniu przez beneficjenta gwarancji tej przesłanki oraz podaniem podstawy prawnej zatrzymania wadium. Izba w tym miejscu wskazuje dodatkowo na uchwałę Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów mającą moc zasady prawnej z 16 kwietnia 1993 roku (sygn. akt. III CZP 16/93), zgodnie z sentencją której *Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie ” „Bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona. W uzasadnieniu uchwały czytamy: Umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” ma taki sam charakter, jak omawiana wyżej gwarancja bez tych klauzul, z zastrzeżeniem co do znaczenia wymienionych w niej klauzul. Jest więc ona umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje – odmiennie od innych rodzajów gwarancji – abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym – nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji.*

Mając na uwadze zawartą pomiędzy wykonawcami umowę konsorcjum, w której wskazana jest solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wskazać należy, że *Zamawiający, który jest wierzycielem wykonawców może domagać się spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna. Zaś zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z wykonawców występujących wspólnie zwalnia pozostałych (art. 366 § 1 Kc). Wykonawcy ponoszą odpowiedzialność solidarną aż do całkowitego zaspokojenia zamawiającego (art. 366 § 2 Kc). Powyższe oznacza, iż fakt, że gwarancja bankowa została udzielona zamawiającemu na zlecenie jednego z członków Konsorcjum nie skutkuje ograniczeniem zabezpieczenia zamawiającego jedynie do możliwości domagania się wykonania tej gwarancji w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn obciążających wyłącznie podmiot, na którego zlecenie bank udzielił gwarancji. Zamawiający korzystając z solidarnej odpowiedzialności*

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość wyboru, od którego z członków Konsorcjum zażąda spełnienia zabezpieczenia wadialnego bez względu na to, który z członków ponosi odpowiedzialność za nie zawarcie umowy po wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 roku sygn. akt XIX Ga 408/07).

Izba zaznacza, że zarówno solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wskazana w umowie konsorcjum, która jak już wyżej wyjaśniono mogła nastąpić w umowie zawartej później w czasie trwania stosunku prawnego, jak również uwzględniając fakt, że Zamawiający przy ocenie gwarancji bankowej, która stanowi umowę zlecenia, która może pochodzić od dłużnika lub innego podmiotu, posiłkował się art. 65 Kc zgodnie z którym, w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu, ocena gwarancji bankowej wadialnej dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. Zamawiający dochował również należytej staranności przy dokonywaniu oceny gwarancji bankowej wadialnej, z których to czynności nie należy czynić mu zarzutu, a bank w oświadczeniu z dnia 17 marca 2015 roku potwierdził jedynie dokonaną przez Zamawiającego ocenę złożonej gwarancji bankowej. Oświadczenie banku nie spowodowało zmiany w zakresie złożonej gwarancji bankowej wadialnej, bowiem jak już wcześniej zostało to wykazane nie ma przepisu, nie wskazał takiego również Odwołujący, który określałby zakres zlecenia.

W ocenie Izby, uwzględniając stan faktyczny tej sprawy, Odwołujący nie wykazał, że wadium – gwarancja bankowa wadialna nie zabezpiecza Zamawiającego, została złożona w sposób nieprawidłowy i nie spełnia określonych ustawą celów. W ocenie Izby działania lidera (pełnomocnika) konsorcjum, w tym zlecenie wystawienia gwarancji bankowej wadialnej, mieszczą się w zakresie jego uprawnień jak również obowiązków jako ustanowionego pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, którzy to wykonawcy, na mocy zawartej umowy ponoszą w stosunku do Zamawiającego solidarną odpowiedzialność w związku ze wspólnym złożeniem Oferty, w tym za przygotowanie oferty, złożenie oferty.

Tym samym nie doszło do naruszenia wskazywanych przez Odwołującego we wstępnej części odwołania przepisów ustawy.

II.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy *Z postępowania o udzielenie zamówienia* wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z art. 26 ust. 3 ustawy *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert* przez uznanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Euroconsult S.A. z siedzibą w Madrycie (pełnomocnik) oraz Trakt Sp. z o.o. Sp, k. z siedzibą w Katowicach spełniają warunki udziału w postępowaniu po dokonaniu wielokrotnych uzupełnień

– Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wskazał, że dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawca zobowiązany był potwierdzić wykonanie (zakończenie) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:

- a) 2 zadań polegających na projektowaniu i budowie lub projektowaniu i przebudowie lub budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o wartości co najmniej 150 mln brutto każde;
- b) (...).

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych głównych usług (zgodnie z formularzem 3.2 „Wiedza i doświadczenie”) oraz załączeniem dowodów potwierdzającym należyte ich wykonanie.

W części A wykazu wykonanych usług wykonawca winien był wskazać usługi wraz załączeniem dowodów potwierdzających spełnienie warunku (pkt 1 warunku) natomiast w części B obowiązani byli przedstawić wszystkie usługi wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie (pkt 2 warunku).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Euroconsult S.A. z siedzibą w Madrycie (pełnomocnik) oraz Trakt Sp. z o.o. Sp, k. z siedzibą w Katowicach (dalej: konsorcjum EUROCONSULT) w części A przedstawili dwie usługi pełnienia nadzoru nad robotami: w pkt 1 wskazali usługę „Nadzór techniczny przy kontroli robót polegających na wykonaniu, przebudowie i modernizacji drogi szybkiego ruchu A1 na odcinku Santo Tome del Puerto-Burgos” oraz na stronach 54-66 oferty przedstawili dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tego zadania.

W punkcie 2 tabeli wskazano na realizację zadania: „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót podtorza szklaku kolei dużych prędkości Północ – Północny Zachód, trasa: Valladolid-Burgos, odcinek: Węzeł północny w Valladolid – Cabezon de Pisuerga, Cabezon de Pisuerga-San Martin de Valveni, San Martin de Valveni- Węzeł Venta de Banos; dla zadania tego nie zostały załączone dokumenty na potwierdzenie należytego jego wykonania. Jednocześnie do oferty zostały załączone na stronach 67-72 dokument potwierdzający należyte wykonanie zadania dotyczącego zarządzaniem kontraktem „Nowa obwodnica zachodnia miasta Malaga. Odcinek autostrady AP-7 węzeł MA-417”, który wskazywał na realizację obiektów mostowych.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1* – pismem z dnia 27 lutego 2015 roku wezwał konsorcjum EUROCONSULT do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji zawartych w formularzu 3.2 „Wiedza i doświadczenie”. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień konsorcjum EUROCONSULT pismem z 5 marca 2014 roku wyjaśnił, że błędnie wypełnił formularz w punkcie 2, który zawiera informację niezwiązaną z wymaganiami SWIZ oraz załączył formularz 3.2 „Wiedza i doświadczenie” jednocześnie wskazując, że wykazane doświadczenie w formularzu zostało udokumentowane załączonymi do oferty dokumentami na stronach od 54 do 72.

Zamawiający ponownie pismem z dnia 14 kwietnia 2015 roku wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy konsorcjum EUROCONSULT do złożenia wyjaśnień, ponieważ badając

wyjaśnienia złożone w dniu 5 marca 2015 roku stwierdził, że w załączonym do pisma wykazie (załącznik nr 2 do wyjaśnień) konsorcjum EUROCONSULT nie zmieniło opisu zadania w kolumnie nr 4 („Nazwa zadania”) dla punktu w części A. Pismem z dnia 20 kwietnia 2015 roku konsorcjum EUROCONSULT ponownie złożyło wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy wskazując, że formularz 3.2 „Wiedza i doświadczenie” z dnia 16 marca 2015 roku część A kolumna 4 jest poprawnie wypełniony a prawidłowa nazwa zadania to: „Nowa obwodnica miasta Malaga. Odcinek: Autostrada AP-7, Węzeł MA-417, Kod 43-MA-4250” czyli tak, jak wskazane było w części B.

W ocenie Izby, zarzut postawiony przez Odwołującego nie znajduje uzasadnienia. Niewątpliwie Zamawiający wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy i nie wzywał tego wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby, nie sposób przyznać słuszność twierdzeniom Odwołującego, jakoby załączenie przez konsorcjum EUROCONSULT do pisma formularz 3.2 „Wiedza i doświadczenie” stanowiło uzupełnienie dokumentu. W ocenie Izby, każdy sposób przedstawienia wyjaśnień, w tym również załączenie do pisma dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem Zamawiającego stanowi wyjaśnienia. Przypisywanie tym wyjaśnienia wagi, której nie posiadają w związku z samą decyzją Zamawiającego tj. uznawanie ich za uzupełnienie w sytuacji, gdy Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień nie jest uprawnione, choćby z tego względu, że prawem Zamawiającego jest wzywanie do złożenia wyjaśnień jak również z uwagi na to, że uzupełnienie dokumentów składa się na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W ocenie Izby, czynności dokonane przez Zamawiającego nie były nieprawidłowe, jednakże uwzględniając fakt, że Zamawiający jak sam przyznał na rozprawie nie wzywał do uzupełnienia dokumentów z uwagi na to, że uzyskał w trybie wyjaśnień stosowane informacje potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 14 kwietnia 2015 roku należy traktować jako wezwanie do uzupełnienia dokumentów, choć nie zostało to wyartykułowane w tym wezwaniu. Przemawia za tym fakt, że konsorcjum EUROCONSULT w wyniku wyjaśnień z dnia 5 marca 2015 roku wskazało, że formularz 3.2 „Wiedza i doświadczenie” został błędnie wypełniony a do oferty zostały załączone właściwe referencje, z których to dokumentów wynika, zarówno nazwa i adres odbiorcy usług jak również informacje dotyczące branży drogowej w tym wartość robót brutto i branży mostowej a także data wystawienia świadectwa / protokołu odbioru robót. Zamawiający, co należy zaznaczyć

nie może na podstawie jedynie wyjaśnień, w przypadku takim jak w rozpoznawanej sprawie, dokonywać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu uwzględniając informację, które w zasadzie nie prowadzą do zmiany w zakresie wykazanej usługi na potwierdzenie spełnienia warunku - co wynika z faktu, że od początku konsorcjum EUROCONSULT odwoływało się do złożonych w ofercie dokumentów potwierdzających prawidłową realizację usługi – jednakże, niewątpliwie prowadzą do zmiany treści wykazu jaki wykonawca miał obowiązek złożyć wraz z ofertą w celu wykazania łącznie z dokumentami (referencjami) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zaznaczyć należy, że o ile pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 27 lutego 2015 roku było uzasadnione w szczególności tym, że informacje zawarte w wykazie w części A w pozycji 2 odnosiły się do zupełnie innych usług niż określone w warunku a dokumenty załączone do oferty potwierdzały należyte wykonanie zupełnie innej usługi zgodnej z warunkiem udziału w postępowaniu, to wezwanie z dnia 14 kwietnia 2015 roku w zasadzie stanowiło o uzupełnieniu dokumentu, ponieważ Zamawiający posiadał już informację jakie pozyskał w wyniku wyjaśnień, które stanowiły podstawę jego dalszego działania.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”*. Działania Zamawiającego, prawidłowe w swej istocie, choć w zakresie wezwania z dnia 14 kwietnia 2015 roku prowadzące do uzupełnienia dokumentu po wcześniejszym ustaleniu rozbieżności pomiędzy wykazem a dokumentami złożonymi na potwierdzenie należytego wykonania usługi, w zasadzie sprowadziły się do wykonania ciężących na Zamawiającym obowiązków badania oferty i doprowadzenia przy użyciu mechanizmów ustawowych do zgodności złożonych wraz z ofertą oświadczeń i załączonych dokumentów, jednocześnie z poszanowaniem zasad prawa zamówień publicznych.

Reasumując, Izba uznała drugie wezwani do złożenia wyjaśnień za wezwanie do uzupełnienia dokumentów, czemu w ocenie Izby sam Zamawiający dał wyraz w złożonych na rozprawie oświadczeniach. Jednocześnie Izba wskazuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający nie wzywał, wbrew twierdzeniu Odwołującego, konsorcjum EUROCONSULT dwukrotnie do uzupełnienia dokumentów, co powoduje, że nie doszło do naruszenia wskazywanych przez Odwołującego we wstępnej części odwołania przepisów ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: