

Sygn. akt: KIO 465/16

**Wyrok**

**z dnia 15 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Aneta Młacka VS**

**Izabela Niedziałek - Bujak**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 14 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2016 r. przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Wejherowo**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum **Kruszywo sp. z o.o. z siedzibą w Linii (pełnomocnik wykonawców)** oraz **Bituminium sp. z o.o. z siedzibą w Linii** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. Zasądza od wykonawcy **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz **Gminy Miasta Wejherowa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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: Gmina Miasta Wejherowo reprezentowany przez Prezydenta Miasta Wejherowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa bezkolizyjnego powiązania drogowego łączącego północną i południową część miasta Wejherowa oraz drogę krajową nr 6 wraz z obiektami mostowymi: Etap 1 - Budowa północnej części powiązania drogowego wraz z włączeniem go do drogi krajowej nr 6, Etap 2 - Rozbudowa drogi gminnej - ul. Patoka - od ulicy Stefczyka do ulicy Gryfa Pomorskiego”, Znak sprawy: Zam.publ. ZZZP.271.69.2015.SP Miejsce publikacji Ogłoszenia: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr: 2015/S 248-450732

Odwołujący Strabag sp. z o.o. wniósł dnia 1 kwietnia 2016 r. odwołanie w postępowaniu z zarzutem nieprawidłowego i niezgodnego z Ustawą zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum firm: Kruszywo Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o. (dalej również jako „Konsorcjum”) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo, że Konsorcjum nie wniosło gwarancji wadium zabezpieczającej złożoną ofertę, jak również zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, że Oferta ta jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący podnosi, że wskazane powyżej czynności Zamawiającego naruszają przepisy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: Kruszywo Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o. pomimo, że wskazane Konsorcjum nie wniosło skutecznie wadium zabezpieczającego ofertę, ponieważ dołączony do oferty dokument gwarancji ubezpieczeniowej nie zawiera w swej treści sformułowania o objęciu ochroną ubezpieczeniową wszystkich Wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum
2. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy PZP, poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez Konsorcjum, jako wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwagi na wskazanie przez Konsorcjum w swojej Ofercie tej samej osoby do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych i kierownika prac w zakresie zieleni, pomimo, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ możliwości łącznia tych funkcji,

Wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania:

W przypadku uwzględnienia zarzutów 1,2 i 3 Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Kruszywo Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert,
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum firm Kruszywo Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o. z postępowania,
5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum firm Kruszywo Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o. z postępowania,
6. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

25.03.2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną informację do Odwołującego o wyborze Oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Termin na wniesienie odwołania przypadał na 4.04.2016 roku.

W dniu 10.03.2016 roku, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Kruszywo Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o. Ponieważ w ocenie Odwołującego wybór dokonany został z naruszeniem przepisów Ustawy pzp, Strabag Sp. z o.o. w dniu 21.03.2016 roku, wniósł odwołanie na wskazaną czynność, wnioskując o jej unieważnienie, wykluczenie Konsorcjum z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny i wyboru ofert.

W dniu 23.03.2016 roku, Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację, o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 10.03.2016 roku. Zgodnie z uzasadnieniem przedmiotowej decyzji, Zamawiający stwierdził wystąpienie nowych okoliczności, skutkujących koniecznością unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny i badania ofert.

W dniu 25.03.2016 roku, Zamawiający poinformował Odwołującego o ponownym wyborze oferty Konsorcjum. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że dokonał ponownej oceny oferty Konsorcjum w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, że: „...W pozostałym zakresie Zamawiający nie dokonał ponownego badania i oceny ofert i podtrzymuje swoją decyzję z dnia 10.03.2016 r., tym samym decyzja ta uprawomocniła się...”

Zdaniem Odwołującego - wbrew wskazanej powyżej opinii Zamawiającego - wobec unieważnienia decyzji z dnia 10.03.2016 roku, prawnie skuteczna i ważna jest decyzja Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25.03.2016 roku. Po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stan postępowania wrócił do etapu, gdy postępowanie jest nierozstrzygnięte i nie jest znany nie tylko wynik, ale także ocena ofert i

dokumentów poprzedzająca to rozstrzygnięcie. Pomimo dokonania ponownego wyboru tego samego Wykonawcy, Zamawiający dokonał nowej oceny jego oferty, co zostało wprost wskazane w decyzji z dnia 25.03.2016 roku. Nawet jeżeli Zamawiający oceny tej dokonał tylko w określonym zakresie, to i tak mamy tutaj do czynienia z nową czynnością oceny ofert i nowym wyborem najkorzystniejszej oferty.

Wobec ponownego wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Kruszywo Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o., i nie uwzględnieniu przez Zamawiającego odwołania z dnia 21.03.2016 roku, Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 25.03.2016 roku.

Odwołujący wyjaśnia jednocześnie, że treść zarzutów i wniosków odnośnie rozstrzygnięcia wskazana w niniejszym odwołaniu jest analogiczna jak ta określona w odwołaniu z dnia 21.03.2016 r., gdyż zdaniem Odwołującego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 25.03.2016 roku obarczona jest tymi samymi naruszeniami przepisów, co decyzja z dnia 10.03.2016 roku.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1 i 2:

1. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i podnosi, że konkurencyjny Wykonawca Konsorcjum firm: Kruszywo Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o. nie wniósł skutecznie wadium w postępowaniu, ponieważ dołączony do Oferty Konsorcjum dokument gwarancji ubezpieczeniowej nie jest zupełny z tego względu, że z jego treści nie wynika, aby ochroną ubezpieczeniową objęci zostali obaj członkowie Konsorcjum, co zdaniem Odwołującego jest konieczne w przypadku ofert składanych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Zamawiający określił wysokość wadium na kwotę 400 000,00 zł. Zgodnie z treścią swojej Oferty, Konsorcjum wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej o numerze 02GG03/0404/16/0003 wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Gdańsku. Zgodnie z treścią dokumentu jako podmiot Zobowiązany z gwarancji wskazane zostało Kruszywo Sp. z o.o., czyli wyłącznie jeden z członków Konsorcjum, które wniosło wspólnie ofertę. W treści dokumentu gwarancji jako Zobowiązany nie został wskazany drugi członek Konsorcjum - Bituminium Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego nie wskazanie w treści Gwarancji wszystkich członków Konsorcjum oznacza, że Konsorcjum nie wniosło skutecznie wadium, a tym samym powinno być wykluczone z postępowania.

Odwołujący wywodzi swoje stanowisko z faktu kluczowej roli wadium jako finansowego zabezpieczenia interesów Zamawiającego przed ogólnie przyjętym nierzetelnym Wykonawcą. W orzecznictwie KIO podkreślane jest, że kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana w sposób rygorystyczny, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia Zamawiającego w

razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach PZP i muszą pozostać poza sferą domniemań (Wyrok KIO 368/15). Szczególny rygorizm dotyczący oceny skuteczności wadium, związany jest ponadto z brakiem możliwości uzupełnienia lub wyjaśnienia wątpliwości dotyczących tego elementu Oferty, w trybie art. 26 ust. 3 PZP i 26 ust. 4 PZP, jak również poprzez zakaz poprawiania jakichkolwiek pomyłek w trybie art. 87 ust. 2 PZP.

Zgodnie z orzeczeniem KIO 1936/15 (wydanym w analogicznej sprawie do tej będącej przedmiotem odwołania): „... instytucja wadium w rozumieniu art. 70.4 §1 kc służyć ma zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu i w takim znaczeniu określona została w art. 45 i 46 PZP. Za prawidłowe zabezpieczenie pożądaných w świetle przepisów ustawy zachowań składającego ofertę, uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy (art. 45 PZP) ale również w sposób w pełni umożliwiający Zamawiającemu jego realizację (zatrzymania bądź uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP (Wyrok KIO/UZP 594/10). Z powyższego wywnioskować można w sposób jednoznaczny, że gwarancja musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości, zarówno w zakresie podmiotowym jak też przedmiotowym”.

Analiza orzecznictwa KIO nie pozostawia wątpliwości, że ocena prawidłowości wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, musi zostać dokonana przy uwzględnieniu celu jakiemu wadium ma służyć. Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje Zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. (Wyrok 974/15).

Zdaniem Odwołującego oceniając kwestie skuteczności wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej należy brać pod uwagę ponadto fakt, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w sposób szczegółowy w przepisach powszechnie obowiązującego prawa. Jedyłą regulacją jaką przewidziano w przepisach to przyjęte w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22.05.2003 roku o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. z 2013 r. poz. 950 ze zm) jako jedna z czynności ubezpieczeniowych. Tym samym - wobec braku odpowiednich uregulowań ustawowych, istotne jest tym bardziej aby odpowiedzialność gwaranta w sposób wyczerpujący została określona w treści gwarancji. W związku z tym w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, z jej treści musi jasno wynikać możliwość zrealizowania celu jakiemu służy złożenie wadium w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego.

Przenosząc te ogólne rozważania na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący podnosi, że gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona przez Lidera Konsorcjum Kruszywo Sp. z o.o. nie spełnia wskazanych powyżej warunków uznania wadium jako prawidłowo wniesionego, z tego względu, że nieuwzględnienie w treści gwarancji ubezpieczeniowej obu członków

Konsorcjum powoduje, że cel wniesienia wadium nie został osiągnięty, z uwagi na niedostateczne zabezpieczenie ewentualnych roszczeń Zamawiającego, objętych treścią gwarancji.

Treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Konsorcjum nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania zobowiązanego, którym jest wyłącznie jeden z członków Konsorcjum - Kruszywo Sp. z o.o. Z żadnego postanowienia gwarancji nie wynika, że obejmuje ona okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego, ani nie wskazuje drugiego z Wykonawców wchodzącego w skład Konsorcjum. W związku z tym, zdaniem Odwołującego należy uznać, że tak ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego nie zapewnia Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego członka Konsorcjum - Bituminium Sp. z o.o. Tym samym jako prawidłowe i skuteczne należy uznać tylko wadium, z którego treści wynika, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej nastąpiło na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego nie ma w tym przypadku znaczenia fakt zawarcia pomiędzy podmiotami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia umowy Konsorcjum, gdyż Konsorcjum nie stanowi odrębnego bytu prawnego. Zgodnie z Wyrokiem KIO 1408/10, zarówno z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również z art. 23 ust. 3 PZP wynika, że w takim przypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała ponadto w przywołanym powyżej orzeczeniu, że przesłanki zatrzymania wadium, materializują się odrębnie co do każdego w wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego nie ma znaczenia również okoliczność wniesienia wadium przez Lidera Konsorcjum, zakres jego umocowania, jak również treść umowy Konsorcjum. Z tego względu, że zobowiązanie z gwarancji ubezpieczeniowej, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji o charakterze samodzielny (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania (Wyrok SN z dnia 10.02.2010 roku, sygn.akt: 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 publicznego.

Odwołujący przytacza również fragment Wyroku z dnia 17.09.2015 roku, sygn.akt: KIO 1936/15, w którym zacytowany został fragment „Wiadomości Ubezpieczeniowych” autorstwa

Eugeniusza Kowalewskiego i Władysława Wojciecha Mogińskiego, w którym wskazane zostało, że: ... „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...”

Mając na względzie przywołane powyżej argumenty i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum z postępowania, stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP, z uwagi na nie wniesienie przez Konsorcjum skutecznego i prawidłowego wadium zabezpieczającego złożoną Ofertę.

Zarzut nr 3:

1. Odwołujący wskazuje, że Oferta Konsorcjum jest ponadto sprzeczna z treścią SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Zgodnie z pkt VIII.2.4 SIWZ, Zamawiający wskazał wymagania dotyczące wykazania przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie ze wskazanym punktem SIWZ, Zamawiający wymagał wskazania przez Wykonawców w swoich Ofertach osób mających pełnić określone funkcje: Zgodnie z treścią Uwagi 4, zamieszczonej w pkt VIII.2.4 SIWZ, Zamawiający dopuścił możliwość wskazania przez Wykonawców tej samej osoby do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierownika robót drogowych (lit. a i b), funkcji kierownika robót elektroenergetycznych i teletechnicznych (lit. c i d), oraz funkcji kierownika robót branży sanitarnej (lit. e, f i g).

2. Konsorcjum wskazało jako kierownika robót drogowych Pana Michała Wójcik (warunek VIII.2.4.b). Ta sama osoba wskazana została do pełnienia funkcji kierownika prac zieleniarskich (warunek VIII. 2.4.h).

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum w sposób nieuprawniony i sprzeczny z przytoczonymi zapisami SIWZ, wskazało tą samą osobę do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych i kierownika prac zieleniarskich. Odwołujący wywodzi ten wniosek z treści Uwagi 4, gdzie Zamawiający przewidział możliwość łączenia funkcji kierownika robót drogowych wyłącznie z funkcją kierownika budowy, tj. funkcji wskazanych w punktach VIII.2.4 a i VIII.2.4 b. Zamawiający nie przewidział możliwości łączenia funkcji kierownika robót drogowych z żadną inną funkcją, w tym z funkcją kierownika prac w zakresie zieleni. Ponadto nie ma wątpliwości, że wobec wskazanych powyżej zapisów SIWZ, Zamawiający wymagał, aby osoba pełniąca funkcję kierownika prac w zakresie zieleni nie pełniła żadnej innej funkcji, gdyż inaczej niż w przypadku kierowników robót, Zamawiający nie przewidział możliwości łączenia funkcji kierownika prac w zakresie zieleni z inną funkcją na budowie.



Zdaniem Odwołującego, treści Uwagi 4, dotyczącej możliwości łączenia funkcji, określona została przez Zamawiającego w sposób jasny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości, co potwierdza okoliczność wskazania w swoich Ofertach przez wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu innej osoby na funkcję kierownika prac w zakresie zieleni, niż na pozostałe funkcje określone przez Zamawiającego w pkt VIII.2.4 SIWZ. Wyłącznie Konsorcjum firm: Kruszywo i Sp. z o.o. i Bituminium Sp. z o.o. wskazało tą samą osobę do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych i prac w zakresie zieleni, co zdaniem Odwołującego przemawia w sposób ewidentny za wnioskiem, że Oferta Konsorcjum jest sprzeczna z treścią SIWZ. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania (Wyrok KIO z dnia 8.04.2015 roku, sygn.akt: KIO 569/15).

Mając na względzie powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając stanowisko wskazał następujące okoliczności.

1. W zakresie zarzutu 1 i 2.

Potwierdził wymagania zawarte w siwz dotyczące wadium w wysokości 400.000 zł, treści wadium składanego w formie innej niż pieniądź ze wskazaniem okoliczności (odpowiednio z art. 46 ust. 4a ustawy pzp oraz art. 46 ust. 5 ustawy pzp), w jakich zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami. Ponadto winno ono być wystawione na zamawiającego. Zamawiający wymagał, żeby z treści gwarancji jednoznacznie wynikało, jaki jest sposób reprezentacji Gwaranta, jak również nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie Gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w ww przepisach ustawy pzp, na każde pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania oferta. Gwarancja winna być egzekwowalna i wykonalna na terenie RP, podlegać prawu polskiemu i właściwemu wyłącznie sądowi siedziby zamawiającego.

W siwz nie określano żadnych wymagań dotyczących wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), w szczególności, by w treści takiej gwarancji byli wymienieni wszyscy konsorcjanci jako wykonawcy (zobowiązani).

Zamawiający zauważa, że gwarancja ubezpieczeniowa jest czynnością ubezpieczeniową ukształtowaną głównie przez praktykę opartą przede wszystkim na zasadzie swobody kształtowania zobowiązań. Podobnie jak gwarancja bankowa ma charakter zobowiązania

abstrakcyjnego, co oznacza, że jest oderwana od umowy łączącej zamawiającego z wykonawcą (stosunku podstawowego), co wskazuje na samodzielny charakter odpowiedzialności gwaranta i konieczności wypłaty w momencie zgłoszenia żądania. Ustawa pzp nie stawia szczególnych warunków dla wadium w tej formie.

Zamawiający stwierdza, że z analizy oferty złożonej przez konsorcjum Kruszywo sp. z o.o. i Bituminium sp. z o.o. wynika, że Kruszywo sp. z o.o. jest liderem konsorcjum działającym w oparciu o udzielone pełnomocnictwo. W treści pełnomocnictwa jednoznacznie wskazano, że konsorcjum zostało utworzone w celu opracowania i złożenia oferty, a także w celu realizacji zadania stanowiącego przedmiot zamówienia oraz, że Kruszywo sp. z o.o. z Linii zostało wyznaczone (ustanowione pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy pzp) na pełnomocnika konsorcjum i upoważnione do wykonywania w imieniu i na rzecz konsorcjum wszelkich czynności mających na celu uzyskanie i realizację mających na celu uzyskanie i realizację zamówienia, w tym czynności szczegółowo określonych w umowie konsorcjum i wymaganych przez zamawiającego, a co za tym idzie również do skutecznego zabezpieczenia oferty i wniesienia wadium.

Bezspornie wadium zostało wniesione w formie ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z tytułu wadium z określeniem nazwy przedmiotu zamówienia w wymaganej kwocie i wystawione na wniosek Kruszywo sp. z o.o. z Linii w dniu 1.02.2016 r., które w oparciu o pełnomocnictwo upoważnione zostało do wszelkich czynności w imieniu i na rzecz konsorcjum w związku z niniejszym zamówieniem publicznym.

W gwarancji ubezpieczeniowej gwarant gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo, na każde pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego zapłatę kwoty z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie pzp. Określono w pięciu punktach warunki skutecznego żądania zapłaty.

Zdaniem zamawiającego z treści gwarancji jednoznacznie wynika, że zabezpiecza ona w pełni jego interesy, gdyż dla skuteczności tego sposobu zabezpieczenia kluczowe jest, żeby gwarancja była bezwarunkowa, na pierwsze żądanie, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia wystąpiły, a co najważniejsze bez weryfikowania przez ubezpieczyciela zasadności zgłoszonych żądań. Wypłata nastąpi automatycznie po złożeniu stosownego oświadczenia, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków opisanych w treści gwarancji.

Ponadto w treści gwarancji prawidłowo wskazano nazwę postępowania, o udzielenie zamówienia, o które ubiega się konsorcjum. Zamawiający przypomina, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z tym nie ma znaczenia, po

stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki zatrzymania wadium, gwarant będzie zobowiązany do zapłaty kwoty zabezpieczenia.

Zamawiający uznaje kwestionowane wadium jako należycie zabezpieczające ofertę i wniesione zgodnie z obowiązującymi przepisami, co oznacza brak podstaw do wykluczenia konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Wadium zostało niesione w dopuszczalnej prawem oraz postanowieniami siwz formie.

Zamawiający wskazuje na praktykę na rynku ubezpieczeniowym, gdzie ubezpieczyciele przyjmują powszechnie, że w przypadku gdy ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium zostanie wystawiona na jednego członka konsorcjum, a oferta złożona jest przez konsorcjum, którego jest on uczestnikiem zabezpiecza ona ofertę złożoną przez całe konsorcjum. Wskazał na orzecznictwo zawierające pogląd, że niewymienienie w treści gwarancji wszystkich konsorcjantów, jako wykonawcy nie powoduje wadliwości tego dokumentu, a co za tym idzie nie może prowadzić do wykluczenia wykonawcy postępowania.

W szczególności powołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt XXIII Ga 1313/15) jako oddający w pełni istotę rozpatrywanej sprawy. Zdaniem Sądu Okręgowego „należy przyjąć, iż drugi z poglądów wyrażanych w orzecznictwie i doktrynie, a zgodnie z którym gwarancja bankowa wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (jednego z konsorcjantów), będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem i uprawnionego do działania w imieniu i na rzecz współwykonawcy, nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji bankowej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających razem ofertę, spełnia wymogi ustawowe i nie stanowi powodu, dla którego należałoby uznać za nieskuteczne wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Zamawiający wskazał także na inne motywy tego wyroku oraz wyrok SN z 13.10.2011 dot. charakteru konsorcjum, orzecznictwo i piśmiennictwo dotyczące wadium wnoszonego w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Reasumując zamawiający stwierdził, że żaden przepis prawa ani treść siwz nie zobowiązywały konsorcjum, aby dokument gwarancji ubezpieczeniowej zawierał w swej treści sformułowania o objęciu ochroną ubezpieczeniową wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a tylko z tej okoliczności odwołujący wywodzi podstawę do wykluczenia konsorcjum z postępowania. Odwołujący nie udowadnia, że zamawiający nie może skutecznie zrealizować swoich roszczeń z przedmiotowej gwarancji, a w konsekwencji nie wykazuje, iż nie wniesiono wadium o czym stanowi przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu zamawiający stwierdził, że jest bezzasadny.

Po uchyleniu dnia 23 marca 2016 r. czynności wyboru oferty z dnia 10 marca 2016 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał ww konsorcjum do uzupełnienia

dokumentu „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” w zakresie kierownika prac w zakresie zieleni lub kierownika robót drogowych. W wyznaczonym terminie konsorcjum uzupełniło dokument w zakresie kierownika prac branży zieleni. Przedmiotowy dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu potwierdza stan faktyczny i prawny nie później niż na dzień składania ofert tj. 4.02.2016 r.

Dnia 25 marca 2016 r. zamawiający ponownie ocenił spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz dokonał ponownego badania i oceny oferty, którą następnie uznał i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum.

Zamawiający stwierdził, że odwołanie także w tym zakresie powinno być oddalone. Zauważył, że był uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeżeli dopatrzy się w swym działaniu nieprawidłowości. Był zatem uprawniony m.in. do samodzielnego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania badania i oceny ofert, jeśli dostrzegł, że uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Wskazał na wymogi siwz dotyczące dysponowania określonym potencjałem kadrowym i zauważył, że zgodnie z rozdz. IX 1.1.3. siwz w celu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, i których opis sposobu oceny spełnienia został zamieszczony w rozdz. VIII pkt 2 siwz wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenia i dokumenty, w szczególności „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”.

Zatem wykaz stanowi dokument potwierdzający spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowe dokumenty nie stanowią treści oferty, a co za tym idzie zamawiający nie może, jak twierdzi odwołujący, odrzucić oferty konsorcjum w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako niezgodnej z treścią siwz, z uwagi na wskazanie w ofercie tej samej osoby do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych i kierownika prac w zakresie zieleni, pomimo, że w siwz nie przewidziano możliwości pełnienia tych funkcji. Zamawiający zauważył, że wykonawcy, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu są wykluczani z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, jednak nie następuje to automatycznie i zanim zamawiający to uczyni, zobowiązany jest wezwać wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego („konsorcjum”) wniósł o oddalenie odwołania przyłączając się do argumentacji przedstawionej przez zamawiającego.

W pierwszej kolejności przystępujący wskazał, że wniesione przez konsorcjum wadium w pełni spełnia przypisaną mu rolę zabezpieczenia interesów zamawiającego, który ma

możliwość realizacji przysługujących mu z tego tytułu uprawnień. Podniósł, iż art. 45 ust. 1 ustawy pzp jako warunki skutecznego wniesienia wadium wskazuje jego wysokość, formę oraz termin złożenia bez szczegółowego odwołania się do wymogów związanych z wnoszącymi je podmiotami, ograniczając się do stwierdzenia, iż wskazana czynność ma zostać zrealizowana przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. O bezskuteczności wniesienia wadium może zatem jedynie świadczyć nie wypełnienie wskazanych wyżej przesłanek, a żadne inne nie uwzględnione w przepisie okoliczności nie mają wpływu na stwierdzenie jego prawidłowego złożenia. Złożenie wadium na rzecz zamawiającego jedynie przez jednego z członków konsorcjum bez wymienienia w treści gwarancji pozostałych z nich nie ma natomiast żadnego znaczenia dla stwierdzenia skuteczności jego wniesienia, na co wskazują powołane w piśmie wyroki KIO.

Możliwość wniesienia wadium przez jednego konsorcjanta przystępujący wywodzi z solidarnej odpowiedzialności członków za podejmowane czynności i wskazuje na art. 370 kodeksu cywilnego. Stwierdza, że wystawienie gwarancji ubezpieczeniowej na jednego z członków konsorcjum i wniesienie na jej podstawie wadium jest w pełni skuteczne i uprawnia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do wzięcia udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie stanowiska uczestnik wskazał na orzecznictwo sądowe (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r., sygn. akt II CA 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1041/15).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przystępujący wskazał, że w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp zostały przedstawione wymagane dokumenty na potwierdzenie spełniania przez niego wymaganych warunków udziału w postępowaniu.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie i przypomniał, że gwarancję wadialną wniósł jeden z wykonawców i tylko on wskazany jest w treści dokumentu. Podkreślił, że dla oceny poprawności wadium istotne jest, by z treści dokumentu wynikało, iż wadium dotyczy oferty składanej wspólnie. Istotna jest treść konkretnej gwarancji niezależnie od różnych ocen prawnych znanych w orzecznictwie. Zauważył, że w treści kwestionowanego dokumentu, jako zobowiązany zostało wskazane Kruszywo Sp. z o.o. Ponadto w pkt 5 odsyłającym do pkt 1 ppkt 4 ponownie wskazano na podmiot nazwany wcześniej zobowiązanym. Z tego należy wnioskować, że w razie odmowy zawarcia umowy przez drugiego z konsorcjantów niewymienionego w treści gwarancji beneficjent nie uzyskałby zaspokojenia. Podtrzymał zarzut niezgodności kwestionowanej oferty z treścią SIWZ. Wskazana nieprawidłowość nie mogła być poprawiona przez uzupełnienie wykazu osób, jak tego dokonał Zamawiający. W

rzeczywistości doszło do zmiany oferty po terminie składania ofert. Zauważył, że treść gwarancji nie może być zmieniona po dniu składania ofert. Z art. 45 i 46 ustawy wywiódł obowiązek wniesienia wadium przez wykonawców i konieczność jednoznacznego określenia w dokumencie gwarancji, kogo on dotyczy. Zakwestionował stwierdzenie, że z solidarnej odpowiedzialności wynika zabezpieczenie za zachowania także wykonawców niewymienionych w gwarancji wadialnej. Zauważył, że art. 141 ustawy pzp i 370 K.c. nie mają znaczenia w sprawie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na argumentację zawartą w złożonym piśmie. Stwierdził, że ani z przepisów prawa ani SIWZ nie wynika konieczność wymienienia w dokumencie gwarancyjnym wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Wskazał na solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum, także co do czynności zawarcia umowy. Złożył do akt dokument, określając go jako wykładnię wystawcy gwarancji co do jej skuteczności w zakresie zabezpieczenia oferty kwestionowanej. Złożył także odpowiedź ubezpieczyciela Warta na pytanie opisujące analogiczny stan faktyczny. Stwierdził, że kolejny zarzut dotyczy dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym zakresie ma zastosowanie procedura uzupełnienia z argumentację 26 ust. 3 ustawy. Dokumenty te, niezależnie od ich opisu w SIWZ, nie stanowią treści oferty. Zauważył także, że czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu nie była zaskarżana.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że złożona gwarancja zabezpiecza interes Zamawiającego. Stwierdził, że obaj wykonawcy tworzący konsorcjum są dłużnikami solidarnymi. Wskazał, że lider wymieniony w gwarancji jest umocowany m.in. do podpisania umowy. W odniesieniu do kolejnego zarzutu stwierdził, że dotyczy on warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania określonym potencjałem kadrowym. Czynności Zamawiającego, tj. wezwanie i uzupełnienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku było prawidłowe.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu wraz z przedstawionymi dowodami, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty przystępującego w zakresie objętym zarzutami odwołania zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania przewidziane w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, w tym w szczególności przesłanka z

art. 189 ust. 2 pkt 3, na którą wskazał zamawiający w toku posiedzenia stwierdzając, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania zamawiający stwierdził, że zarzuty odwołania dotyczą okoliczności, które znane były odwołującemu, na co wskazuje treść jego odwołania z dnia 21 marca 2016 r., które zostało następnie cofnięte. W kolejnym odwołaniu wniesionym dnia 1 kwietnia 2016 r. odwołujący podnosi analogiczne, a w istocie tożsame zarzuty dotyczące dokumentu gwarancji wadialnej i przesłanek odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako niezgodnej z treścią siwz. Izba stwierdza, że w rozpatrywanej sprawie termin do wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty i zaniechania wykluczenia wykonawcy należy liczyć na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia w niniejszej sprawie zamawiający dnia 23 marca 2016 r. uchylił (unieważnił) czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która była objęta zarzutami odwołania z 21 marca 2016 r. W wyniku kolejnego badania i oceny oferty konsorcjum zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym powiadomił wykonawców pismem z dnia 25 marca 2016 r. zatytułowanym: „Zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej”. Niesporne jest, że przedmiotem rozpatrywanego odwołania wniesionego dnia 1 kwietnia 2016 r. jest wyżej wskazana czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z zarzutami podniesionymi wobec tej oferty i podmiotu ją składającego. Tym samym termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Odnosnie zarzutu co do skuteczności wniesionego przez przystępującego wadium w postaci Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, skład orzekający stwierdza, co następuje. Podstawą zarzutu odwołania i sporu stron jest niesporny fakt, że w treści dokumentu gwarancji jako wnioskodawca, zwany także „zobowiązany” wymieniony jest jeden wykonawca tj. Kruszywo sp. z o.o. z siedzibą w Linii. Wykonawca ten jest jednocześnie pełnomocnikiem drugiego wykonawcy, z którym złożył ofertę wspólnie tj. Bituminium sp. z o.o. z siedzibą w Linii. Niesporne jest określenie przedmiotu zamówienia, wymaganej kwoty wadium, przesłanek nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na rzecz beneficjenta na każde pierwsze pisemne żądanie.

Izba zauważa, że podstawową funkcją wadium jest możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanki wskazanej w treści dokumentu, a wynikającej z przepisów ustawy pzp. W ocenie składu orzekającego przedstawione z ofertą wadium w należyty sposób zabezpiecza ofertę i brak jest podstaw do odmiennego wniosku, w szczególności formułowanej w odwołaniu tezie, iż wadium w ogóle nie zostało wniesione.

Dla potwierdzenia zasadności stanowiska Izba ma także znaczenie znana wieloletnia praktyka na rynku ubezpieczeniowym, na którym wystawcy gwarancji przyjmują powszechnie, że w przypadku gdy gwarancja zapłaty wadium zostaje wystawiona na

zlecenie jednego członka konsorcjum, a oferta jest złożona przez konsorcjum, którego jest on członkiem, to gwarancja taka zabezpiecza ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców na zasadzie art. 23 ustawy pzp. Składowi orzekającemu nie jest znany przypadek, by w analogicznej sytuacji, w razie ziszczenia przesłanki wypłaty beneficjentowi kwoty wadium, spotkał się on z odmową zapłaty.

Ewentualne domniemanie takiej potencjalnej odmowy wydaje się być jedynie spotykane niekiedy w orzecznictwie i piśmiennictwie, a nie praktyce rynku ubezpieczeniowego lub bankowego.

Potwierdzeniem stanowiska Izby w rozpatrywanej sprawie jest ponadto jednoznaczne wyjaśnienie pisemne złożone przez zamawiającego do akt postępowania tj. pismo z dnia 12 kwietnia 2016 r. wystawcy gwarancji zapłaty wadium z dnia 1.02.2016 r., w którym zawarto informację o treści: *„Niniejszym informuję, iż ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02GG03/04044/16/0003 wystawiona w dniu 01.02.2016 r. zabezpiecza ofertę złożoną przez: Kruszywo sp. z o.o. ul. Długa 4B, 84-223 Linia i Bituminium sp. z o.o. ul. Długa 4B, 84-223 Linia w przetargu na „Budowa bezkolizyjnego powiązania drogowego łączącego północną i południową część miasta Wejherowa oraz drogę krajową nr 6 wraz z obiektami mostowymi: Etap 1 – Budowa północnej części powiązania drogowego wraz z włączeniem go do drogi krajowej nr 6; Etap 2 – Rozbudowa drogi gminnej – ul. Patoka – od ulicy Stefczyka do ulicy Gryfa Pomorskiego” (znak sprawy: ZZP.271.69.2015.SP).* Pismo podpisała ta sama osoba, która w imieniu ubezpieczyciela podpisała dokument gwarancji wadium.

Powyższe stanowi dowód poprawności stanowiska, iż złożony dokument realnie zabezpiecza interesy zamawiającego.

Skład orzekający podziela w pełni w tym stanie rzeczy pogląd zawarty w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15, gdzie stwierdzono m.in. „należy przyjąć, iż drugi z poglądów wyrażanych w orzecznictwie i doktrynie, a zgodnie z którym gwarancja bankowa wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (jednego z konsorcjantów), będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem i uprawnionego do działania w imieniu i na rzecz współwykonawcy, nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji bankowej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających razem ofertę, spełnia wymogi ustawowe i nie stanowi powodu, dla którego należałoby uznać za nieskuteczne wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, stwierdzono, że po uchyleniu dnia 23 marca 2016 r. czynności wyboru oferty z dnia 10 marca 2016 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał konsorcjum do uzupełnienia dokumentu „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” w zakresie kierownika prac w zakresie zieleni lub kierownika robót drogowych. W wyznaczonym terminie konsorcjum



uzupełniło dokument w zakresie kierownika prac branży zieleni. Przedmiotowy dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu potwierdza stan faktyczny i prawny nie później niż na dzień składania ofert tj. 4.02.2016 r.

Należy stwierdzić, że zamawiający był uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeżeli dopatrzył się w swym działaniu nieprawidłowości. Był zatem uprawniony m.in. do samodzielnego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania badania i oceny ofert, jeśli dostrzegł, że uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Można zauważyć, że wymogi siwz dotyczące dysponowania określonym potencjałem kadrowym i wskazane zgodnie z rozdz. IX 1.1.3. siwz w warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, i których opis sposobu oceny spełnienia został zamieszczony w rozdz. VIII pkt 2 siwz wykonawcy mieli wykazać przez złożenie oświadczenia i dokumentów, w szczególności „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”.

Zatem wykaz, którego dotyczy zarzut odwołania i przedmiot rozpatrzenia stanowi dokument potwierdzający spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowe dokumenty nie stanowią treści oferty, a co za tym idzie zamawiający nie może, jak twierdzi odwołujący, odrzucić oferty konsorcjum w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako niezgodnej z treścią siwz, z uwagi na wskazanie w ofercie tej samej osoby do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych i kierownika prac w zakresie zieleni, pomimo, że w siwz nie przewidziano możliwości pełnienia tych funkcji. Należy przy tym zauważyć, że wykonawcy, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu są wykluczani z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, jednak nie następuje to automatycznie i zanim zamawiający to uczyni, zobowiązany jest wezwać wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp. Takie też czynności zostały zasadnie dokonane przez zamawiającego.

Konkludując należy stwierdzić, że zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu zasadnie uznając, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia została skutecznie zabezpieczona wadium wniesionym w postaci gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej na zlecenie pełnomocnika wykonawców, a nadto wykonawcy potwierdzili spełnienie warunków udziału w postępowaniu również w zakresie dysponowania wymaganym postanowieniami siwz potencjałem osobowym. W takim stanie rzeczy zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu nie znalazł potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....