

WYROK

z dnia 16 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie, AGB Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **THERMBAU POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pile, PROMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie:
 - 1) zarzutu naruszenia przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji w Bydgoszczy** art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.) poprzez przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: THERMBAU POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pile, PROMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy 10 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” zamiast 5 punktów,

- 2) w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji w Bydgoszczy** – art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: THERMBAU POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pile, PROMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy (dalej: przystępujący) z udziału w postępowaniu, mimo że przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Komendzie Wojewódzkiej Policji w Bydgoszczy** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **THERMBAU POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pile, PROMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji w Bydgoszczy** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie, AGB Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Komendy Wojewódzkiej Policji w Bydgoszczy** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie, AGB Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Bydgoszczy**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Komenda Wojewódzka Policji w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „KWP w Bydgoszczy ul. Ławska 1 - modernizacja wraz z termomodernizacją budynków zaplecza technicznego”.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 czerwca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie, AGB Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany z mocy ustawy.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący postawili następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: THERMBAU POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pile, PROMAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy (dalej: przystępujący) z udziału w postępowaniu, mimo że przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące doświadczenia Pana S. K. w zadaniu Gmina Libiąż - Urząd Miejski w Libiążu, ul. Działkowa 1, 32-590 Libiąż;
2. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez odwołujących w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), co skutkowało przyznaniem odwołującym 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” zamiast 15 punktów, ewentualnie przyznaniem przystępującym 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” zamiast 5 punktów;

3. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesienie go w sposób nieprawidłowy.

Wskazując na powyższe odwołujący wniesli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty przystępujących jako najkorzystniejszej oferty;
2. dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez odwołujących oraz przystępujących;
3. dokonał czynności wykluczenia przystępujących z udziału w postępowaniu z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd;
4. dokonał czynności odrzucenia oferty przystępujących z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesienie go w sposób nieprawidłowy;
5. przyznał odwołującym 15 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy”, ewentualnie przyznał przystępującym 5 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy”.

Odwołujący wskazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący są zainteresowani udzieleniem im przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożyli ofertę, której zamawiający w sposób bezpodstawny przyznał zbyt małą liczbę punktów lub ewentualnie zbyt dużą przystępującym. Jednocześnie zamawiający zaniechał wykluczenia przystępujących z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty tych wykonawców. Ponadto odwołujący wskazali, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy ponieśli szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p.. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w s.i.w.z. kryteriami oceny ofert, oferta odwołujących

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępujących z udziału w postępowaniu, mimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili oni informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące doświadczenia Pana S. K. w zadaniu Gmina Libiąż - Urząd Miejski w Libiążu, ul. Działkowa 1, 32-590 Libiąż, odwołujący podnieśli, że zamawiający w Rozdziale XIV ust. 1 s.i.w.z.

wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający kierował się będzie następującymi kryteriami i ich wagami:

Kryterium I - cena (C) waga - 60 %

Kryterium II - doświadczenie Kierownika budowy (D) waga -15 %

Kryterium III - przedłużenie okresu gwarancji jakości (G) waga -25 %

Jednocześnie w Rozdziale XIV ust. 3 pkt 1 s.i.w.z. zamawiający uściślił, że w ramach kryterium „doświadczenie Kierownika budowy” Zamawiający przyzna punkty w skali punktowej od 0 do 15 punktów, na podstawie podanego przez Wykonawcę w ofercie doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Wykonawca musi posłużyć się tą samą osobą w kryterium „doświadczenie Kierownika budowy” i na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V ust. 2 pkt. 3 lit. b) SIWZ. Zamawiający uszczegółowił, że punkty przyznawane będą według poniższych zasad:

- a) Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji jednego zadania polegającego na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto na stanowisku kierownika budowy, Zamawiający przyzna 0 (zero) punktów.
- b) Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji dwóch zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde na stanowisku kierownika budowy, Zamawiający przyzna 5 (pięć) punktów.
- c) Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji trzech zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde na stanowisku kierownika budowy, Zamawiający przyzna 10 (dziesięć) punktów.
- d) Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji czterech i więcej zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł

brutto każde na stanowisku kierownika budowy, Zamawiający przyzna 15 (piętnaście) punktów.

W treści s.i.w.z. podkreślono przy tym, że warunkiem przyznania punktacji w kryterium „doświadczenie Kierownika budowy” jest:

- a) wskazanie w ofercie imienia i nazwiska Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno- budowlanej,
- b) wskazanie w ofercie liczby zrealizowanych zadań przez Kierownika budowy,
- c) złożenie wraz z ofertą dokumentu do każdego zadania zawierającego niżej wymienione informacje:
 - nazwę inwestora,
 - imię i nazwisko osoby oraz fakt pełnienia przez nią funkcji kierownika budowy,
 - wartość zadania.

Dokumentami tymi mogą być:

- wpis do Dziennika budowy,
- oświadczenia o podjęciu obowiązków kierownika budowy złożone do właściwego INB,
- zgłoszenia Inwestora rozpoczęcia robót budowlanych złożone do właściwego INB,
- umowa lub oświadczenie podmiotu/ Inwestora, na rzecz którego wykonywał funkcję kierownika budowy.

Przystępujący w treści swojej oferty wskazali, że do realizacji przedmiotowego zamówienia na stanowisko Kierownika budowy skierują Pana S. K. posiadającego minimum siedmioletnie doświadczenie jako Kierownik budowy, który wykonał na stanowisku Kierownika budowy 4 (cztery) zadania polegające na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda. W ocenie odwołujących, nie może ulegać wątpliwości, że postawione przez zamawiającego wymogi dotyczyły wybudowania, przebudowania lub remontu w ramach danego zadania co najmniej budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto. Nie ma zatem możliwości, aby wskazane wymogi pozwalały na wykazanie się w ramach jednego zadania wykonaniem budowy, przebudowy lub remontu kilku budynków, których łączna wartość byłaby nie mniejsza niż 5.000.000,00 zł.

Odwołujący stwierdzili, że przedstawione przez przystępujących informacje dotyczące doświadczenia Pana S. K. są nieprawdziwe, ponieważ inwestycja zrealizowana na rzecz Gminy Libiąż - Urzędu Miejskiego w Libiążu nie polegała na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto. Wskazać należy, że przedmiotem umowy nr 7013.11.4.17.2012 z dnia 05 lipca 2012 r. była realizacja zadania inwestycyjnego pn. Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Libiąż", przy czym wartość wykonanych robót w przypadku żadnego z budynków nie wynosiła minimum 5.000.000,00 zł brutto. Najwyższa wartość robót w odniesieniu do jednego budynku wynosiła 1 318 632,99 zł brutto. Tym samym zadanie wykonane na rzecz Gminy Libiąż nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego, o czym Lider Konsorcjum miał pełną świadomość, bowiem był on wykonawcą tej inwestycji.

W ocenie odwołujących, mając na uwadze powyższe, świadome przedstawienie przez przystępujących nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania, skutkować winno wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez odwołujących w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z., co skutkowało przyznaniem odwołującym 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” zamiast 15 punktów, ewentualnie przyznanie przystępującym 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” zamiast 5 punktów, odwołujący podnieśli, że odwołujący w treści złożonej przez siebie oferty wskazali odpowiedniego kierownika budowy (imię i nazwisko osoby skierowanej przez odwołujących do pełnienia funkcji kierownika budowy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa odwołujących) i wskazali jednocześnie, że osoba ta posiada wymagane przez zamawiającego doświadczenie zdobyte w ramach czterech zadań wykonywanych na rzecz czterech inwestorów. W odniesieniu do każdego z zadań odwołujący przedłożyli odpowiednie dokumenty, które w sposób jednoznaczny potwierdzają pełnienie przez wskazaną osobę funkcji kierownika budowy. Odwołujący w odniesieniu do wszystkich czterech inwestycji przedłożył odpowiednie umowy, z których wynikały wszystkie żądane przez zamawiającego informacje. Dodatkowo w odniesieniu do pierwszego z zadań, z uwagi na brak wskazania w treści umowy dokładnych danych kierownika budowy, odwołujący przedłożyli dodatkowo Protokół końcowego odbioru przedmiotu umowy, z którego wynika pełnienie przez wskazaną osobę funkcji kierownika budowy.

W ocenie odwołujących, powyższe okoliczności skutkować winny zatem przyznaniem odwołującym 15 punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy z uwagi na skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-

budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji czterech zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde na stanowisku kierownika budowy.

Jednocześnie odwołujący stwierdzili, że gdyby zamawiający przyjął, że z uwagi na spełnianie przez jedną ze wskazanych inwestycji warunku udziału w postępowaniu, nie uwzględni on takiej inwestycji na potrzeby przyznania punktów w kryterium doświadczenia kierownika budowy, to winien on wszystkich wykonawców traktować w równy sposób. Podkreślili, że w żadnym miejscu s.i.w.z. zamawiający nie wskazał takiego zastrzeżenia. Jeśli zatem w toku prowadzonego postępowania zamawiający wskaże, że na potrzeby przyznania punktów brał pod uwagę jedynie 3 wskazane przez odwołującego zadania, to winien w przypadku przystępujących przyjąć jedynie 2 zadania (wskazane zostały 4 zadania, 1 zadanie przyjęte na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz 1 zadanie niespełniające wymagań zamawiającego co wynika z uzasadnienia 1 zarzutu odwołania).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesie go w sposób nieprawidłowy, odwołujący wskazali, że zamawiający w rozdziale IX s.i.w.z. wymagał wniesienia wadium w wysokości 250.000,00 zł. Przystępujący do złożonej przez siebie oferty załączyli Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr COR034457 z dnia 08.05.2018 r. wystawioną na zlecenie THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. Sp. k.

Odwołujący podnieśli, że w treści gwarancji jako zleceniodawcę wskazano jedynie THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. Sp. k. i brak jest jakiegokolwiek informacji aby podmiot ten zamierzał ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z innym wykonawcą. Tym samym przedłożone zabezpieczenie dotyczyć będzie tylko i wyłącznie jednego z konsorcjantów. Odwołujący powołali się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., KIO 1417/17.

Odwołujący stwierdzili, że na konieczność odrzucenia oferty przystępujących nie ma wpływu treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17 bowiem gwarancja zapłaty wadium wystawiona została po dniu, w którym członek konsorcjum udzielił pełnomocnictwa na rzecz lidera. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że złożona do oferty gwarancja zapłaty wadium zabezpiecza ofertę złożoną przez przystępujących.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 lipca 2018 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego podania przez przystępujących nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, zamawiający stwierdził, że odwołujący w sposób błędny interpretuje postanowienia s.i.w.z. wykładając wskazane w nim słowo „budynek” w kontekście ilościowym, jako pojedynczy obiekt budowlany, zamiast odnieść się do niego w sposób rodzajowy.

Zamawiający wskazał, że jego intencją, co prawidłowo odczytali przystępujący było określenie przedmiotowego kryterium pozacenowego w sposób rodzajowy, poprzez wskazanie na rodzaj obiektu budowlanego (budynek), którego dotyczyć miało doświadczenie kierownika budowy. Zamawiający w tym względzie kierował się również koniecznością odniesienia kryteriów oceny ofert do przedmiotu zamówienia, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest bowiem wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji wraz z termomodernizacją budynków zaplecza technicznego KWP w Bydgoszczy przy ul. Ławskiej. Zatem kryterium oceny ofert, jako odnoszące się do przedmiotu zamówienia, miało odzwierciedlać doświadczenie osoby kierowanej do realizacji zamówienia jako kierownik budowy do robót w budynku, nie zaś w innych obiektach budowlanych, np. budowlach, czy obiektach małej architektury. Zamawiający przywołał treść art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r. poz. 1202), który wprowadza systematykę obiektów budowlanych, zgodnie z którą należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Zamawiający przywołał również definicję budynków przytoczoną w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB), zgodnie z którą budynki to zadane obiekty budowlane wraz z wbudowanymi instalacjami i urządzeniami technicznymi, wykorzystywane dla potrzeb stałych. Przystosowane są do przebywania ludzi, zwierząt lub ochrony przedmiotów.

Zamawiający wskazał, że dla niego najistotniejsze było, aby wykonawcy wykazali się zatem dysponowaniem osobą kierownika budowy z doświadczeniem w kierowaniu robotami budowlanymi na budynku, nie zaś na innych kategoriach obiektów budowlanych, gdyż tylko takie doświadczenie odnosiło się do przedmiotu zamówienia. Nie było jednak dla zamawiającego istotne, czy dane zadanie o wartości 5 000 000,00 zł brutto było realizowane

na jednym budynku, czy kilku, ważne, aby były wykonane w ramach jednego zadania inwestycyjnego obejmującego obiekty budowlane stanowiące budynki.

Zamawiający wskazał, że wskutek prowadzonego postępowania wyjaśniającego podjął decyzję o niezakwalifikowaniu zadania wykonanego przez przystępujących w Połączynie — Zdroju.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez odwołujących w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z., co skutkowało przyznaniem odwołującym 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” zamiast 15 punktów, ewentualnie przyznanie przystępującym 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” zamiast 5 punktów, zamawiający stwierdził, że zarzuty odwołujących są bezpodstawne.

Zamawiający zwrócił uwagę, że błędnie odwołujący przyjmują, jakoby zamawiający w sposób nierówny traktował wykonawców przyznając przystępującym punkty w oparciu o doświadczenie Kierownika budowy przedstawione na potrzeby warunku udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert, a czego miałyby nie czynić w stosunku do Odwołującego.

Zamawiający wskazał, iż- obu wykonawców poddał ocenie w ten sam sposób, przyznając punkty za 3 zadania (obejmujące zarówno zadanie okazane na warunek, jak i pozostałe na kryteria). Zamawiający był do tego uprawniony, a wręcz zobowiązany w związku z przyjętymi zasadami punktacji w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że zarówno przystępujący, jak i odwołujący, wskazali w swoich 4 zadania w ramach doświadczenia proponowanego Kierownika budowy, przy czym u każdego z nich 1 z zadań nie odpowiadało wymaganiom określonym w Rozdziale XIV ust. 3 pkt l) s.i.w.z.

Zamawiający poinformował, że odwołujący w sposób nieprawidłowy udowodnili doświadczenie wskazanego przez siebie Kierownika budowy. Dla zadania nr 1 wskazanego dla tej osoby przedstawili bowiem protokół końcowy odbioru robót, jednak z jego treści wynika, iż dotyczył on odbioru zamówienia uzupełniającego. Świadczy o tym nie tylko tytuł dokumentu, ale również podana w jego treści umowa, której data jest odmienna od dołączonej do oferty umowy na zamówienie podstawowe. Wskazał, że umowa na zamówienie podstawowe opiewała na kwotę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego, czego z kolei nie można stwierdzić o zamówieniu uzupełniającym, gdyż brak jakichkolwiek informacji w tym zakresie w przedłożonym dokumencie.

W zakresie zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesienie go w sposób nieprawidłowy, zamawiający wskazał na argumentację przystępujących, który przedstawił w przystąpieniu wniesionym w dniu 29 czerwca 2018 r. istotne okoliczności dotyczące wniesienia gwarancji wadialnej.

Jak wynika ze stanowiska przystępujących, rzeczywiście pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum THERMBAU Polska Sp. z o.o. Sp. k. obejmujące umocowanie m.in. do wniesienia wadium w niniejszym postępowaniu, zostało udzielone w dniu 9 maja 2018 r., zatem dzień po wystawieniu gwarancji ubezpieczeniowej. Jednakże, na co wskazali przystępujący, w dniu 8 maja 2018 r. została również zawarta umowa konsorcjum, na mocy której ustanowiono THERMBAU Polska Sp. z o.o. Sp. k. liderem konsorcjum oraz określono zakres jego umocowania, wskazując m.in. na czynność wniesienia wadium. Jednocześnie przyjęto, że załącznikiem do niniejszej umowy będzie pełnomocnictwo, które zostało udzielone w następnym dniu, tj. 9 maja 2018 r.

Zatem do zawiązania konsorcjum doszło w dniu 8 maja 2018 r., tym samym, w którym została wystawiona gwarancja wadialna.

Zamawiający stwierdził, że wniesiona gwarancja wadialna została wniesiona w sposób prawidłowy, gdyż zabezpiecza ona w sposób wystarczający interes zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w chwili złożenia oferty w postępowaniu przystępujący nie byli zobowiązani do złożenia umowy konsorcjum, a jedynie powinni ją złożyć przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (Rozdział XVI pkt 6 s.i.w.z.).

Zamawiający podniósł, że wbrew orzeczeniom przytoczonym przez odwołujących, za stanowiskiem potwierdzającym prawidłowość gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z członków konsorcjum przemawiają następujące argumenty:

1) wynikający z art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p. obowiązek stosowania przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia — konsorcjum traktowane jest jako jeden wykonawca, a skoro obowiązki nałożone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy P.z.p. dotyczą wykonawcy, to odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca na mocy art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p. (zob. wyr. KIO z 30.09.2014 r., KIO 1897/14, KIO 1899/14, LEX nr 1541294). Jak wskazano w wyroku KIO z 18.07.2016 r. (KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16, LEX nr 2147653):

2) istnienie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, wywodzona z art. 141 ustawy P.z.p. oraz art. 370 w zw. z art. 366 K.c. w zw. z art. 14 ustawy P.z.p. — członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie również za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, wobec czego solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe⁷, przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera. Odpowiedzialność wykonawców za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 w zw. z art. 366 k.c. w zw. z art. 14 P.z.p. Z regulacji tych wynika, że złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 K.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (zwyr. KIO: z 5.03.2015 r., KIO 336/15 LEX nr 1659276; z, 25.05.2015 r., KIO 969/15, LEX nr 1798027). Powyższe zatem zaprzecza przytoczonemu przez odwołujących rozstrzygnięciu Izby z dnia 24 lipca 2017 r., KIO 1417/17.

Ponadto — zgodnie z art. 369 K.c. — solidarność członków konsorcjum może wynikać z umowy, na co wskazała Izba w wyroku z dnia 25 maja 2015 r. (KIO 969/15, LEX nr 1798027). Skład orzekający stwierdził, że treść gwarancji bankowej prawidłowo zabezpiecza interes zamawiającego, pomimo jej jeszcze przed zawarciem umowy konsorcjum i udzieleniu pełnomocnictwa, ponieważ w umowie konsorcjum zastrzeżono solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum za wspólne złożenie oferty, w tym za jej przygotowanie, a więc i za zabezpieczenie jej wadium.

3) bezwarunkowym charakterze gwarancji wadialnej — jest ona abstrakcyjnym zobowiązaniem, w ramach którego gwarant (wystawca gwarancji) bezwarunkowo zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji (zamawiającego) w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych w treści gwarancji. Zobowiązaniem z gwarancji nie jest wykonawca zlecający wystawienie gwarancji i po wystawieniu gwarancji nie ma on żadnych podmiotowych uprawnień do wpływania na treść czy realizację zobowiązań gwarancyjnych (zob. szerzej wyr. KIO z 5.03.2015 r., KIO 336/15 , LEX nr 1659276). Dodatkowo wykonawcę z bankiem (ubezpieczycielem) łączy inny stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego gwarant zobowiązał się wystawić gwarancję na rzecz zamawiającego-beneficjenta gwarancji. Nie istnieje również żaden węzeł zobowiązaniowy łączący w ramach gwarancji wykonawcę z zamawiającym (wyr. KIO z 30.09.2014 r., KIO 1897/14, KIO 1899/14, LEX nr 1541294).

W ocenie zamawiającego, powyższe argumenty przemawiają za uznaniem gwarancji wadialnej wystawionej na jednego członka konsorcjum za prawidłową. Takie wadium bowiem zabezpiecza w sposób wystarczający interes zamawiającego.

Zamawiający wskazał na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17i stwierdził, że przedmiotowe orzeczenie rozstrzyga wieloletni spór dotyczący wadium wnoszonego w formie niepieniężnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wskazali na definicję zadania według słownika języka polskiego, zgodnie z którą poprzez zadanie należy rozumieć: 1) to co należy wykonać, 2) zagadnienie dane do opracowania.

Ponadto zadanie jest to: określenie celu, który należy osiągnąć lub wskazanie czynności, które należy wykonać.

Przystępujący wskazali, że na podstawie powyższego stwierdzić należy, że zamawiający położył wyraźnie nacisk na doświadczenie w realizacji jednego zadania. Dalsza część zdania jest wyjaśnieniem, że poprzez zadanie należy rozumieć budowę, przebudowę lub remont budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto na stanowisku kierownika budowy. A więc Kierownik budowy zobowiązany był do spełnienia warunku min. siedmioletniego doświadczenia w kierowaniu robotami polegającymi na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie. Dopiero w ostatniej części zdania zamawiający wskazał, że doświadczenie kierownika budowy musi dotyczyć budynku.

Przystępujący podnieśli, że zgodnie z definicją języka polskiego synonimem budynku jest: apartamentowiec, biurowiec, bliźniak, blok, blokhauz, bungalow, ceglak, czynszówka, dacha, dom, domek, domostwo, drapacz chmur, dworzyszczce, gmach, kamienica, murowaniec, nieruchomość, piętrowiec, segment, szeregowiec, szeregówka, wieżowiec, apartament, budowla, chata, mieszkanie, pałac, rezydencja, willa, zamek, boczysko, blok mieszkalny, falowiec, galeriowiec, korytarzowiec, mrowiskowiec, mrówkowiec, pekin, punktowiec, wysokościowiec, baszta, forteca, gród, kasztel, twierdza, wieża, wieżycza, wieżyczka, gospodarstwo domowe, kamieniczka, obiekt mieszkalny, budynek, familok, gmaszysko, kompleks, konstrukcja, miejsce zamieszkania, obiekt, obiekt biurowy, obiekt budowlany. struktura. zespół budynków. Poprzez obiekt budowlany natomiast należy rozumieć blok, blok mieszkalny, blokhauz, budowla, budynek, dom, familok, gmach, gmaszysko, kamienica, kompleks, konstrukcja, miejsce zamieszkania, obiekt, obiekt biurowy, obiekt mieszkalny, piętrowiec, struktura, zespół budynków.

W ocenie przystępujących, zamawiający poprzez wskazanie słowa budynek miał na celu uszczegółowienie, że wymóg określony w warunkach udziału w postępowaniu oraz w kryteriach oceny ofert dotyczy realizacji budynku jako rodzaju obiektu budowlanego, nie zaś budowli czy obiektów małej architektury. W całym tym zdaniu zamawiający wskazał pewną hierarchię słów, która ma dla niego największe znaczenie, aby móc ocenić czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i czy będzie miał przyznaną punktację w kryterium oceny ofert. W pierwszej kolejności jest zadanie, w drugiej budowa, przebudowa, remont natomiast na końcu jest budynek.

Przystępujący podnieśli, że do odwołania w swojej ofercie wskazali zespół budynków wchodzących w skład jednego zadania, realizowanego w ramach jednego postępowania i jednej umowy, które było nadzorowane i kierowane przez wskazanego kierownika budowy.

Przystępujący stwierdzili, że w żaden sposób nie wprowadzili zamawiającego w błąd, ponadto nie działali pod wpływem lekkomyślności i niedbalstwa. Skoro przystępujący otrzymali w tym zakresie punkty, to znaczy że zrozumieli zapisy s.i.w.z. dokładnie tak, jak określił je zamawiający. Przystępujący wskazali, że na etapie składania ofert odwołujący na podstawie art. 38 ustawy P.z.p. mieli prawo zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z., z czego nie skorzystali. Przystępujący nie wprowadzili zamawiającego w błąd, nie przedstawili również nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania. Przystępujący do odwołania spełnili warunki udziału w postępowaniu oraz uzyskał adekwatną ilość punktów do przedstawionych informacji, zatem ich oferta, zgodnie z uzyskaną punktacją została sklasyfikowana na najwyższym miejscu.

Odnosząc się do zarzutu niewniesienia wadium lub wniesienia go w sposób nieprawidłowy przez przystępujących, przystępujący stwierdzili, że również on jest bezzasadny. Przystępujący wnieśli wadium we właściwej formie, w oznaczonym czasie i zgodnie ze złożonym do oferty pełnomocnictwem z dnia 9 maja 2018 r., które zostało zawarte na podstawie umowy konsorcjum z dnia 8 maja 2018 r. We wskazanej umowie zostały zawarte zapisy odnośnie udzielenia firmie Thermbau Polska sp. z o.o. sp.k., z siedzibą przy ulicy Młodych 78a w Pile, pełnomocnictwa i ustanowienia firmy liderem pełnomocnika do działania w jego imieniu w zakresie wszystkich spraw dotyczących postępowania będącego przedmiotem niniejszego odwołania, w zakresie m.in. podpisania i złożenia wspólnej oferty, do ustalania warunków i podpisania umowy z zamawiającym.

Szczegółowy zakres pełnomocnictwa został określony w załączniku nr 1 do zawartej umowy.

Załącznikiem do umowy jest pełnomocnictwo zawarte pomiędzy stronami w dniu 9 maja 2018 r., w którym został uszczegółowiony zakres określony w umowie pomiędzy

konsorcjantami. I tak, konsorcjanci zdecydowali, że lider konsorcjum jest umocowany do złożenia wadium w imieniu konsorcjum.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XIV ust. 1 s.i.w.z., przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający kierował się następującymi kryteriami i ich wagami:

Kryterium I - cena (C) waga - 60 %

Kryterium II - doświadczenie Kierownika budowy (D) waga -15 %

Kryterium III - przedłużenie okresu gwarancji jakości (G) waga -25 %

W myśl rozdziału XIV ust. 3 pkt 1 s.i.w.z., w ramach kryterium „doświadczenie Kierownika budowy” Zamawiający przyzna punkty w skali punktowej od 0 do 15 punktów, na podstawie podanego przez Wykonawcę w ofercie doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Wykonawca musi posłużyć się tą samą osobą w kryterium „doświadczenie Kierownika budowy” i na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V ust. 2 pkt. 3 lit. b) SIWZ. Zamawiający uszczegółowił, że punkty przyznawane będą według poniższych zasad:

a) Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji jednego zadania polegającego na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto na stanowisku kierownika budowy, Zamawiający przyzna 0 (zero) punktów.

b) Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji dwóch zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde na stanowisku kierownika budowy, Zamawiający przyzna 5 (pięć) punktów.

c) Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji trzech zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde na stanowisku kierownika budowy, Zamawiający przyzna 10 (dziesięć) punktów.

d) Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji czterech i więcej zadań polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde na stanowisku kierownika budowy, Zamawiający przyzna 15 (piętnaście) punktów.

Warunkiem przyznania punktacji w kryterium „doświadczenie Kierownika budowy” jest:

- a) wskazanie w ofercie imienia i nazwiska Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno- budowlanej,
- b) wskazanie w ofercie liczby zrealizowanych zadań przez Kierownika budowy,
- c) złożenie wraz z ofertą dokumentu do każdego zadania zawierającego niżej wymienione informacje:
 - nazwę inwestora,
 - imię i nazwisko osoby oraz fakt pełnienia przez nią funkcji kierownika budowy,
 - wartość zadania.

Dokumentami tymi mogą być:

- wpis do Dziennika budowy,
- oświadczenia o podjęciu obowiązków kierownika budowy złożone do właściwego INB,
- zgłoszenia Inwestora rozpoczęcia robót budowlanych złożone do właściwego INB,
- umowa lub oświadczenie podmiotu/ Inwestora, na rzecz którego wykonywał funkcję kierownika budowy.

Przystępujący w treści swojej oferty wskazali, że do realizacji przedmiotowego zamówienia na stanowisko Kierownika budowy skierują Pana S. K. posiadającego minimum siedmioletnie doświadczenie jako Kierownik budowy, który wykonał na stanowisku Kierownika budowy 4 (cztery) zadania polegające na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda.

Przystępujący w treści oferty opisując wymagane doświadczenie Pana S. K. wskazali na 4 (cztery) zadania zrealizowane na rzecz:

- Urzędu Gminy w Rokietnicy,
- Gminy Libiąż - Urzędu Miejskiego w Libiążu,
- Urzędu Miejskiego w Połczynie-Zdroju oraz
- Thermbau Polska Sp. z o.o. Sp. k.

W zakresie zadania wykonanego na rzecz Gminy Libiąż przystępujący załączyli do oferty dokumenty w postaci protokołu z wykonania etapu II oraz referencje dotyczące umowy nr 7013.11.4.17.2012 z dnia 05 lipca 2012 r.

Przedmiotem umowy nr 7013.11.4.17.2012 z dnia 05 lipca 2012 r. dotyczącej inwestycji zrealizowanej na rzecz Gminy Libiąż - Urzędu Miejskiego w Libiążu była realizacja zadania inwestycyjnego pn. „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie gminy Libiąż”, przy czym najwyższa wartość robót w odniesieniu do jednego budynku wynosiła 1 318 632,99 zł brutto.

W dniu 25 maja 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do podania wartości dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych zrealizowanych na rzecz Gminy Libiąż oraz na rzecz Centrum Kultury w Połczynie — Zdrój,

W dniu 6 czerwca 2018 r. zamawiający skierował do Centrum Kultury w Połczynie — Zdrój zapytanie dotyczące wartości prac projektowych, a także wartości robót budowlanych składających się na wykonaną przez przystępującego inwestycję pn. „Przebudowa z rozbudową budynku dawnego kina Goplana na Centrum Kultury w Połczynie — Zdroju, ul. Parkowa 4” w formie „zaprojektuj i wybuduj”,

W dniu 6 czerwca 2018 r. zamawiający zwrócił się do Urzędu Miejskiego w Libiążu z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej dotyczący wartości prac projektowych, a także wartości robót budowlanych składających się na wykonaną przez przystępującego inwestycję pn. „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Libiąż” w formie „zaprojektuj i wybuduj”

Wskutek odpowiedzi złożonych zarówno przez przystępującego, jak i podmioty, na rzecz których realizował powyższe zadania, zamawiający podjął decyzję o niezakwalifikowaniu zadania wykonanego w Połczynie-Zdroju.

Odwołujący w treści swojej oferty wskazali, że do realizacji przedmiotowego zamówienia na stanowisko Kierownika budowy skierują osobę posiadającą minimum siedmioletnie doświadczenie jako Kierownik budowy, który wykonał na stanowisku Kierownika budowy 4 (cztery) zadania polegające na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda.

Odwołujący jako zadanie pierwsze wskazali inwestycję „Termy maltańskie” (nazwa inwestycji, utajniona przez odwołujących w ofercie, została ujawniona przez pełnomocnika odwołujących na rozprawie). Odwołujący, w celu udokumentowania powyższego, przedstawił 2 strony umowy oraz protokół końcowy odbioru robót w zakresie zamówienia uzupełniającego, co wynika z jego tytułu. Umowa, o której mowa w treści protokołu, nosi inną datę niż umowa, której dwie strony zostały zawarte do oferty. W załączonej umowie wskazano wartość inwestycji, która odpowiada wymaganiom zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Protokół nie zawiera danych dotyczących wynagrodzenia. Zawiera natomiast nazwisko osoby wskazanej jako kierownik budowy.

Zamawiający uznał, że inwestycja „Termy maltańskie” nie odpowiada wymogom postawionym w kryterium „doświadczenie kierownika budowy” i nie przyznał mu punktów za to zadanie.

W rezultacie zamawiający ocenił złożone oferty w sposób następujący:

Oferta przystępujących – cena: 37.087.158,78 zł (57,43 pkt.), doświadczenie: 3 zadania (10 pkt.), gwarancja: 24 m-ce (25 pkt.); razem 92,43 pkt.

Oferta Konsorcjum J. G. R., KAMARO Sp. z o.o. Sp.k., K. B. – cena: 35.496.000,05 zł (60 pkt.), doświadczenie: 1 zadanie (0 pkt.), gwarancja: 24 m-ce (25 pkt.); razem 85,00 pkt.

Oferta odwołujących – cena 38.826.147,92 zł (54,85 pkt.), doświadczenie: 3 zadania (10 pkt.), gwarancja: 24 miesiące (25 pkt.); razem 89,85 pkt.

Zamawiający w rozdziale IX s.i.w.z. wymagał wniesienia wadium w wysokości 250.000,00 zł. Przystępujący do złożonej przez siebie oferty załączyli Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr COR034457 z dnia 08.05.2018 r. wystawioną na zlecenie THERMBAU POLSKA Sp. z o.o. Sp. k.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyznanie przystępującym 10 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” zamiast 5 punktów oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępujących z udziału w postępowaniu, mimo że przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące doświadczenia Pana S. K. w zadaniu Gmina Libiąż.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do uwzględnionego zarzutu, Izba wskazuje, że jego istotą jest interpretacja treści kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, polegającego na skierowaniu do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej osoby posiadającej minimum siedmioletnie doświadczenie jako kierownik budowy, która posiada doświadczenie w realizacji jednego, dwóch, trzech lub czterech zadań, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każde na stanowisku kierownika budowy.

Analiza treści wskazanego wyżej kryterium nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zamawiający żądał wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji zadania (bądź dwóch, trzech czy czterech zadań), w ramach którego należało wykonać budowę, przebudowę lub remont jednego budynku, nie zaś kompleksu budynków. Za takim rozumieniem kryterium przemawia językowa wykładnia jego brzmienia.

Izby nie przekonała argumentacja zamawiającego, jakoby odniesienie w treści kryterium do budynku miało na celu jedynie wskazanie, że chodzi o ten rodzaj obiektu budowlanego. Jeżeli istotnie intencją zamawiającego było wyłącznie uszczegółowienie, że nie chodzi tu o budowlę lub obiekt małej architektury, winien był wskazać wprost, iż uzna doświadczenie w ramach kryterium za udowodnione w sytuacji, gdy wykonawca wykaże, że kierownik budowy realizował budowę, przebudowę lub remont budynku/budynków, o wymaganej wartości.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający w rozdz. V s.i.w.z. „Udział w postępowaniu” ust. 2 pkt 3 lit. a stwierdził, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Wykonawca musi wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające wartością i rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia zamawiający uzna jedną lub maksymalnie dwie roboty ogólnobudowlane tj.: wielobranżowe (obejmujące co najmniej roboty z branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej) dla budynku użyteczności publicznej, której pojedyncza lub łączna wartość brutto była większa lub równa 15.000.000,00 zł.

Z powyższego wynika, że zamawiający, w sytuacji, w której dopuścił możliwość sumowania wartości dwóch robót budowlanych w odniesieniu do warunku, wyraźnie napisał o tym w s.i.w.z. Analogicznego postanowienia zamawiający nie zawarł w treści kryterium.

Zaakceptowanie stanowiska zamawiającego powodowałoby, że wykonawcy w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” mogliby wykazywać wykonanie w ramach jednej umowy budowę, przebudowę lub remont dużej ilości budynków o małej wartości. W ten sposób w postępowaniu mogliby brać wykonawcy nieposiadający stosownego doświadczenia.

Zamawiający na rozprawie powoływał się na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt oraz na opinię rzecznika generalnego, podnosząc, że warunek udziału w postępowaniu musi być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego. Podkreślał, że przedmiot zamówienia dotyczy kompleksu budynków, w związku z czym kryterium „doświadczenie kierownika budowy” nie mogło zostać ograniczone do jednego budynku.

Odnosząc się do powyższego argumentu Izba stwierdziła, że co do zasady należy zgodzić się z zamawiającym, iż warunek udziału w postępowaniu musi być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego. W rozpoznawanym przypadku nie chodzi co prawda o warunek, lecz o kryterium oceny ofert, niemniej jednak określenie kryteriów oceny ofert podlega analogicznym zasadom, co inne czynności zamawiającego. I tak, kryteriami oceny ofert, zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p., są – oprócz ceny lub kosztu – inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Obowiązek zachowania proporcjonalności przy określaniu kryterium wynika zaś z ogólnej zasady zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Niemniej jednak w chwili obecnej zamawiający nie może zmieniać treści ustalonego przez siebie kryterium wskazując, że dokonywana przez niego wykładnia zapewnia proporcjonalność i związek z przedmiotem zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający winien określać kryteria oceny ofert z zachowaniem zasad wynikających z przepisów P.z.p., jednakże winien to uczynić na etapie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli treść spornego kryterium nie oddawała faktycznych intencji zamawiającego, nie może on teraz dokonywać interpretacji tej treści w sposób prowadzący do zmiany jej oczywistego brzmienia.

Podkreślić należy, iż – zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego, dotyczącym co prawda norm prawnych, ale znajdujących zastosowanie również przy interpretacji postanowień s.i.w.z. – odstępstwo od wykładni językowej dopuszcza się dopiero wtedy, gdy po jej zastosowaniu dochodziłoby do rażąco niesprawiedliwych, czy irracjonalnych wniosków. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 czerwca 2015 roku sygn. akt II CSK 518/14. podkreślił, że choć wykładnia powinna uwzględniać takie odczytanie przepisu, które pozwala na uznanie, że realizuje on określone społeczne oczekiwania i jest zgodny z

Konstytucją, to jednak w drodze stosowania wykładni nie można nadać określonemu przepisowi prawa innego znaczenia niż to, które wprost wynika z jego treści.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż zaakceptowanie interpretacji dokonanej przez zamawiającego w zakresie spornego kryterium mogłoby doprowadzić do zaburzenia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Nie można bowiem wykluczyć, iż ofert w przedmiotowym postępowaniu byłoby więcej, gdyby inni przedsiębiorcy działający w branży odpowiadającej przedmiotowi zamówienia mieli świadomość, że doświadczenie kierownika budowy można wykazać poprzez roboty wykonywane na kilku budynkach. Również wykonawcy, którzy wzięli udział w przedmiotowym postępowaniu, mogliby wykazać inne doświadczenie kierownika budowy i w efekcie otrzymać większą ilość punktów w tym kryterium.

Odnosząc się natomiast do wyroku TSEU w sprawie Esaprojekt, Izba wskazuje, że nie ma on bezpośredniego przełożenia na niniejszą sprawę. Przedmiotem zamówienia publicznego w sprawie, której dotyczył wskazany wyrok, była dostawa oprogramowania do obsługi jednostki medycznej, podczas gdy w rozpoznawanej sprawie zamawiane są roboty budowlane. Co do zasady, obydwa zamówienia, jeśli chodzi o ich zakres, są

nieporównywalne. O ile zatem uzasadniona jest konstatacja, iż wykonanie dostawy na podstawie dwóch umów o łącznej wartości i zakresie spełniającej postawiony wymóg, o tyle w przypadku robót budowlanych nie jest to już oczywiste. Podkreślenia wymaga, że w rozpoznawanym przypadku należało wykazać się realizacją wskazanych robót budowlanych na budynku o wartości minimum 5.000.000,00 zł. Zakres i stopień skomplikowania tego rodzaju robót nie jest tożsamy z wykonaniem analogicznych prac o mniejszej wartości na kilku budynkach i tożsamości tej nie uzyska się poprzez zsumowanie wartości wykonanych prac.

Stanowisko Izby nie pozostaje w sprzeczności z wyrokiem wydanym w sprawie Esaprojekt, który w pkt. 87 stanowi, iż jeżeli możliwości powołania się na doświadczenie zdobyte przy większej liczbie zamówień nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, instytucja zamawiająca pod kontrolą właściwych sądów krajowych powinna sprawdzić, czy połączone doświadczenie z dwóch umów lub z większej ich liczby, zważywszy na charakter danych prac oraz na przedmiot i cele danego zamówienia, pozwala zapewnić jego prawidłowe wykonanie. Możliwość łączenia doświadczeń nie ma zatem charakteru kategoriowego, lecz zależy od charakteru wykonywanych prac, przedmiotu i celu zamówienia. I – przede wszystkim – nie może prowadzić do zmiany treści warunku, czy – jak w niniejszym przypadku – kryterium.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym przypadku nie ma możliwości wykazania się realizacją robót dokonanych na kilku budynkach w sytuacji, gdy zamawiający postawił wymóg ich wykonania na jednym budynku. Możliwość łączenia doświadczeń z dwóch lub kilku umów wynika bowiem z przekonania, iż połączone doświadczenia spełnią postawiony warunek. W rozpoznawanej sytuacji taka możliwość nie występuje. Zsumowanie doświadczeń nabytych z wykonania robót budowlanych o niewielkiej wartości nie powoduje, że wykonawca nabył doświadczenie analogiczne do doświadczenia nabytego w związku z wykonywaniem robót o dużej wartości na jednym obiekcie. Przeczy temu charakter robót budowlanych, które na dużym obiekcie cechują się znacznie szerszym zakresem i stopniem skomplikowania.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez przystępujących, iż odwołujący mogli zwrócić się do zamawiającego z pytaniem dotyczącym treści s.i.w.z. w zakresie spornego kryterium. W ocenie Izby taka potrzeba nie istniała w związku z tym, że treść kryterium była jasna i precyzyjna. Z tego samego powodu Izba nie podzieliła również stanowiska zamawiającego, iż wszelkie wątpliwości dotyczące treści s.i.w.z. należało interpretować na korzyść wykonawcy. W ocenie Izby, w przypadku kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, jego treść nie budziła wątpliwości interpretacyjnych.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępujących z udziału w postępowaniu, mimo że przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące doświadczenia Pana S. K. w zadaniu Gmina Libiąż - Urząd Miejski w Libiążu, ul. Działkowa 1, 32-590 Libiąż.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa w artykule.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności – niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu

zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż przystępujący nie dołożyli należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący winni mieć świadomość tego, iż wykazane przez nich doświadczenie kierownika budowy w zakresie zadania wykonywanego na rzecz Gminy Libiąż nie odpowiada treści kryterium. Tak jak już Izba wskazała wyżej, treść kryterium była jasna i precyzyjna i nie pozostawiała dowolności interpretacyjnych.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że nie czuł się wprowadzony w błąd w związku z tym, że sam interpretował treść kryterium w taki sam sposób jak przystępujący, Izba podtrzymuje stanowisko, iż interpretacja treści kryterium dokonana przez zamawiającego pozostawała w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem. Nie stanowi okoliczności usprawiedliwiającej dla przystępujących fakt, że zamawiający podzielił ich stanowisko w kwestii spornego kryterium. Przystępujący nie zapytali zamawiającego o treść s.i.w.z. w tym zakresie, nie znali zatem stanowiska zamawiającego i powinni byli interpretować treść kryterium zgodnie z jego dosłownym znaczeniem.

Tym samym Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie zasły okoliczności uzasadniające wykluczenie przystępujących z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. i uwzględniła zarzut w tym zakresie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez odwołujących w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), co skutkowało przyznaniem odwołującym 10 punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” zamiast 15 punktów.

Warunkiem przyznania punktacji w kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, zgodnie z rozdz. XIV ust. 3 pkt 1 s.i.w.z., było:

- a) wskazanie w ofercie imienia i nazwiska kierownika budowy w specjalności konstrukcyjnobudowlanej,
- b) wskazanie w ofercie liczby zrealizowanych zadań przez kierownika budowy,
- c) złożenie wraz z ofertą dokumentu do każdego zadania zawierającego niżej wymienione informacje:

- nazwę inwestora,
- imię i nazwisko osoby oraz fakt pełnienia przez nią funkcji kierownika budowy, - wartość zadania.

Dokumentami tymi mogą być:

- wpis do Dziennika budowy,
- oświadczenia o podjęciu obowiązków kierownika budowy złożone do właściwego INB,
- zgłoszenia Inwestora rozpoczęcia robót budowlanych złożone do właściwego IND,
- umowa lub oświadczenie podmiotu/Inwestora, na rzecz którego wykonywał funkcję kierownika budowy.

W ocenie Izby, odwołujący nie przedstawili dokumentów pozwalających na ustalenie, że osoba wskazana przez nich jako kierownik budowy, wykonywała tę funkcję na inwestycji „Termy maltańskie”. Odwołujący złożyli protokół końcowy odbioru zamówienia, które nie dotyczyło zamówienia podstawowego, ale robót uzupełniających. Z protokołu można co najwyżej wywnioskować, że wskazana osoba sprawowała funkcję kierownika budowy przy realizacji robót uzupełniających. Z dokumentu tego nie wynika natomiast wartość tych robót. Z kolei umowa, której wyciąg załączyli odwołujący, nosi inną datę niż umowa, do której referuje protokół końcowy odbioru robót uzupełniających. W przedłożonej umowie nie ma natomiast informacji o osobie kierownika budowy.

Podkreślenia wymaga, że dokumenty składane w celu oceny oferty na podstawie kryteriów oceny ofert nie mogą być uzupełniane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Przepis ten ustanawia bowiem możliwość uzupełnienia dokumentów składanych dla

wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. lub innych dokumentów niezbędnych do prowadzenia postępowania. Chodzi tu zatem o dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia.

Dokumenty składane w celu oceny oferty pod kątem określonych kryteriów nie należą do żadnej ze wskazanych wyżej kategorii dokumentów. Nie są to również dokumenty niezbędne do prowadzenia postępowania. Brak zatem było podstaw do wzywania odwołujących do uzupełnienia tych dokumentów.

W związku z tym Izba uznała, iż zamawiający, nie przyznając odwołującym dodatkowych 5 punktów w zakresie kryterium „doświadczenie kierownika budowy”, nie naruszył przepisów ustawy P.z.p. i oddaliła zarzut jako bezzasadny.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesienie go w sposób nieprawidłowy.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest jedną z form, w jakich można wnieść wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość taką przewiduje art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy P.z.p. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej i wykonywanie tej umowy należą do czynności ubezpieczeniowych, wymienionych w art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. 2015 poz. 1844). Ustawa ta nie reguluje jednak zasad, na jakich winno zawierać się tego rodzaju umowy ani też warunków, jakim winny odpowiadać dokumenty potwierdzające fakt zawarcia takiej umowy.

Według art. 805 § 1 K.c., przez umowę ubezpieczenia zakład ubezpieczeń zobowiązuje się spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. Z kolei art. 808 § 1 zd. 1 K.c. wyraźnie wskazuje, że umowa ubezpieczenia może zostać zawarta także na rzecz osoby trzeciej.

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium wniesione było wspólnie przez wykonawców,

a w treści gwarancji bankowej czy też ubezpieczeniowej byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z kolei, w myśl art. 141 ustawy P.z.p., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Należy zaznaczyć też, iż konsorcjum nie jest podmiotem prawnym (przymiot ten mają poszczególni wykonawcy tworzący konsorcjum) i jest pozbawione zdolności do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej. Oznacza to, że zamawiający może domagać się spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, niezależnie od woli tych wykonawców wyrażonej w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej.

W przypadku złożenia oferty przez konsorcjum, brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy partnera nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji. Należy bowiem zważyć, że art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p. stanowi, że do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2008 . (sygn. akt KIO/UZP 23/07), „takie uregulowanie uwzględnia istotę konsorcjum, które przez przedsiębiorców jest zawierany *ad hoc* porozumieniem celowym. Konsorcjum pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji bankowej. Gwarancja taka może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum”.

W konsekwencji, w razie wystąpienia po stronie jednego z członków konsorcjum okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium, zamawiający ma prawo domagać się spełnienia zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na zlecenie jednego z członków konsorcjum.

W sprawie możliwości wystawienia wadium na zlecenie jednego z członków konsorcjum wypowiedział się w wyroku z 1 października 2007 r. Sąd Okręgowy w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 408/07) wskazując, że „fakt udzielenia zamawiającemu gwarancji bankowej 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.

Analogiczny pogląd wyrażony został w wyroku SO w Warszawie z dnia 20 maja 2008 r. sygn. akt: V Ca 903/08, wyroku SO w Słupsku z dnia z 23.07.2015r. IV Ca 357/15 oraz w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 11 października 2016 roku sygn. akt KIO 1795/16, w wyroku z dnia 7 marca 2017 roku sygn. akt KIO 316/18 i in.

Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 roku sygn. akt IV CSK 86/17 stwierdził, że ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....