Sygn. akt: KIO 392/19

Wyrok

z dnia 25 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolant:Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 22 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 r. przez wykonawcę **ERBUD OperationsSp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie, ul. Lipowa 1a, 20-020 Lublin**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: TEXOM Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), AJ PROFIBUD Sp. z o.o., siedzibą pełnomocnika al. Pokoju 1, 31-548 Kraków**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ERBUD OperationsSp. z o.o. z siedzibą w Jasionce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 392/19
U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane polegające na budowie garażu wraz z częścią obsługową dla KTO w m. Rzeszów, ul. Dąbrowskiego 22 oraz uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, nr sprawy 4.002/19/PN/WB (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 stycznia 2019 r., numer ogłoszenia 507585-N-2019 .

Odwołujący: ERBUD OPERATIONS Sp. z o.o. Jasionka 942, 36-002 Jasionka wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, tj. od zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm: TEXOM Sp. z o.o., Al. Pokoju 1, 31-548 Kraków oraz AJ Profibud Sp. z o.o. Sp. k. Chmielnik 277B, 36-016 Chmielnik (dalej łącznie jako: „Konsorcjum TEXOM/AJ PROFIBUD") w postępowaniu.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia zarzutyzarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TEXOM/AJ PROFIBUD z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesienie go w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty Konsorcjum TEXOM/AJ PROFIBUD jako najkorzystniejszej;

2. dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego oraz Konsorcjum TEXOM/AJ PROFIBUD;

3. dokonał czynności odrzucenia oferty Konsorcjum TEXOM/AJ PROFIBUD z uwagi na niewniesienie wadium lu wniesienie go w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący w dniu 26 lutego 2019 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną (e-mail) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 4 marca 2019 r. Kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w takim postępowaniu odwołanie przysługuje wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z orzecznictwem KIO jak i uchwałą Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, dotyczącą problematyki wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, nie ma wątpliwości, że odwołanie uznać należy za dopuszczalne. W ww. uchwale w odpowiedzi na zapytanie prawne: „Czy w pojęciu "wybór najkorzystniejszej oferty" z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.) mieści się prawo wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu?" Sąd Najwyższy udzielił następującej odpowiedzi: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art.180 ust 2 pkt 6 ustawy Pzp mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu." Identyczne stanowisko Sąd Najwyższy wyraził w uchwale z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt lll CZP 56/17.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1.Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TEXOM/AJ PROFIBUD z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesie go w sposób nieprawidłowy

a)Wadium wystawione jedynie na rzecz jednego członka konsorcjum

Zamawiający w Rozdziale XVI SIWZ wymagał wniesienia wadium w wysokości 117 350,00 zł. Konsorcjum TEXOM/AJ PROFIBUD do złożonej przez siebie oferty załączyło **dwie** gwarancję ubezpieczeniowe zapłaty wadium:

•Gwarancję ubezpieczeniową nr 02GG26/0385/19/0002 wystawioną na zlecenie AJ

PROFIBUD Sp. z o.o. Sp. k. w związku z udziałem w postępowaniu przez Konsorcjum

TEXOM oraz

•Gwarancję ubezpieczeniową nr 908573215631 wystawioną na zlecenie TEXOM.

Po pierwsze wskazać należy, że w treści gwarancji TEXOM/AJ PROFIBUD jako zleceniodawcę wskazano jedynie TEXOM/AJ PROFIBUD i brak jest jakiejkolwiek informacji aby podmiot ten zamierzał ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z innym wykonawcą. Powyższe sprzeczne jest z treścią gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie drugiego z konsorcjantów, gdzie jako wykonawcę wskazano Konsorcjum TEXOM/AJ PROFIBUD. Tym samym przedłożone zabezpieczenie wystawiona na zlecenie TEXOM/AJ PROFIBUD dotyczyć będzie tylko i wyłącznie jednego z konsorcjantów.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., KIO 1417/17: „W przypadku udziału w konsorcjum okoliczności, na skutek których może powstać obowiązek zapłaty sumy gwarancyjnej mogą dotyczyć każdego z członków konsorcjum.

Wspomnieć tylko należy, że każdy z członków konsorcjum jest zobowiązany do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 w postaci dokumentu JEDZ, a brak jego złożenia na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, skutkuje koniecznością wystąpienia Zamawiającego z roszczeniem o zapłatę wadium. W konsekwencji, jeżeli zakres podmiotowy udzielonej gwarancji obejmuje tylko jednego spośród wykonawców wspólnie składających ofertę, zamawiający nie może być pewny, czy gwarant nie odmówi wypłaty wadium, jeżeli zaistnienie przesłanek zatrzymania wadium związane było z okolicznościami dotyczącymi innego wykonawcy niż podmiot oznaczony w liście gwarancyjnym. Innymi słowy, jeżeli odmowa podpisania lub niemożność zawarcia umowy, niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nieuzupełnienie wymaganych dokumentów lub oświadczeń albo niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki wynikły z przyczyn dotyczących wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia z wykonawca wymienionym w liście gwarancyjnym, gwarant może uznać, że wykracza to poza zakres zobowiązań, które na siebie przyjął względem beneficjenta. Niezasadnym w tym względzie jest odwoływanie się do solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Solidarna odpowiedzialność powstaje bowiem dopiero z związku z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy i odpowiedzialnością za wykonanie umowy.",

Podkreślenia wymaga także fakt, ze gwarancje wadialne posiadają różną treść, dotyczą także różnych okresów ważności oraz nakładają rożne terminy i zasady wypłaty. W przypadku konieczności wypłaty, Zamawiający naraża się na ryzyko ograniczenia swoich praw z tytułu wadialnego zabezpieczenia. Ubezpieczyciel działając jedynie na zlecenie TEXOM będzie miał możliwość bronić się, ze jego odpowiedzialność dotyczy tylko obowiązków związanych z TEXOM.

b)Nieważność gwarancji ubezpieczeniowej

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 806 §1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, gwarancja wystawiona na rzecz jednego tylko członka konsorcjum winna zostać uznana jako nieważna bowiem nie może dojść do sytuacji w niej wymienionych, tj. np. wyboru oferty wykonawcy TEXOM, bowiem nie bierze on udziału w Postępowaniu samodzielnie.

c)Brak umocowania agenta do wystawienia gwarancji wadialnej na rzecz TEXOM/AJ PROFIBUD

W ocenie Odwołującego Zamawiający w żaden sposób nie potwierdził, że wystawca gwarancji wadialnej, tj. p. P.Z. był upoważniony do wydania gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wystawionej na zlecenie TEXOM/AJ PROFIBUD Powyższe powinno być ocenione zarówno pod kątem posiadanego pełnomocnictwa jak i Ogólnych Warunków Ubezpieczenia. W ocenie Odwołującego osoba podpisująca gwarancję ubezpieczeniową nie miała umocowania do działania na rzecz TUiR WARTA S.A. w związku z czym wniesiona przez TEXOM gwarancja jest nieważna, a co najmniej nieprawidłowa.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że gwarancja zapłaty wadium wystawiona tylko i wyłącznie na jednego członka konsorcjum nie zabezpiecza oferty w sposób prawidłowy i zastosowanie znajdzie w tym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, wnosi, jak na wstępie.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy pzp z uwagi na nieprzesłanie mu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy tj. w terminie umożliwiającym zapoznanie się z treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania, nieprzesłanie kopii odwołania w całości tj. bez załączników.

Jako kolejną podstawę odrzucenia odwołania wskazano art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp wskazując że odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 pzp.

Uzasadniając wnioski powyższe zamawiający wskazał, że otrzymał kopię odwołania dnia 4 marca o godz. 22:04 po godzinach urzędowania, opisanych w postanowieniach w siwz tj. 7:00 – 15:00. Z uwagi na warunki funkcjonowania zamawiającego, w tym zasady bezpieczeństwa cybernetycznego zapoznanie się z treścią przesyłki było możliwe dopiero w dniu następnym tj, po upływie terminu do wniesienia odwołania. Zamawiający potwierdził nadto, że nie otrzymał załączników do odwołania.

Zauważył, że odwołanie w postępowaniu, z uwagi na wartość zamówienia, mogło być wniesione wyłącznie od czynności wyboru oferty dokonanego niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz, a nie od zaniechania czynności

wykluczenia wykonawcy lub zaniechania odrzucenia oferty.

Zamawiający wskazał także na braki formalne odwołania, w którym nie podano numeru telefonu zamawiającego i odwołującego oraz brak jest wskazania jednoznacznych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, w tym przez brak wskazania dokumentu, który zdaniem odwołującego jest wystawiony nieprawidłowo oraz nie zawiera umocowania do wystawienia gwarancji, co uniemożliwia zidentyfikowanie tego dokumentu.

W razie nie podzielenia powyższego stanowiska zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na jego bezzasadność.

Podniósł brak wskazania przez odwołującego interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, w szczególności brak wykazania w odwołaniu szkody, jaką może ponieść odwołujący.

W zakresie wadium wystawionego na jednego członka konsorcjum zamawiający wskazał na wymogi ogłoszenia i siwz dotyczące wadium wymaganego w wysokości 117 350 zł.

Do oferty konsorcjum przystępującego załączono dwa oryginały gwarancji ubezpieczeniowej na łączną kwotą zgodnie z wymogami tj.

1/ gwarancja ubezpieczeniowa nr 02GG26/0385/19/0002 wystawiona na zlecenie AJ PROFIBUD sp. z o.o. sp. k. oraz

2/ gwarancja ubezpieczeniowa nr 908573215631 wystawiona na zlecenie TEXOM sp. z o.o.

W ocenie zamawiającego gwarancje zawierały wszystkie przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ustawy pzp, jak również warunki formalne określone w R. XVI pkt 4 siwz.

Zamawiający wskazuje, że w zakresie wadium nie wprowadzał żadnych ograniczeń, w szczególności nie wymagał, aby w treści gwarancji przetargowej wskazani byli wszyscy konsorcjanci. W pkt XVI.5 siwz stwierdzono, ze w przypadku składania oferty wspólnej, wadium wniesione przez jednego z wykonawców uważa się za wniesione prawidłowo. Wskazał także, ze zgodnie z art. 23 pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zatem obowiązki wykonawcy dotyczyć będą wszystkich wykonawców.

Na poparcie stanowiska o prawidłowym wniesieniu wadium wskazał na wyrok SO w Warszawie z 14 października 2015 r. XXII Ga 1313/15, zgodnie z którym „gwarancja bankowa wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, 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. Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 maja 2006 r. II CA 489/06.

Zamawiający stwierdził, że w przypadku, gdy którykolwiek członek konsorcjum spowoduje okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp, to skutki tego działania rozciągają się na wszystkich jego członków. Przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium są świadczenia niepodzielne. Ubieganie się o udzielenie zamówienia przez konsorcjum jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania w rozumieniu art. 370 kc, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odpowiedzialność odnosi się także do obowiązku podpisania umowy oraz pokrycia szkody (utraty wadium) w przypadku jej niepodpisania z przyczyn dotyczących uczestnika oferty wspólnej, który nie był podmiotem wnoszącym wadium.

Jako nie mające znaczenia uznał zarzut dotyczący rożnej treści, okresów, terminów i zasad wypłaty w dokumentach gwarancyjnych wobec faktu, że postanowienia te były zgodne z siwz.

Podkreślił, że nie naruszył przepisów ustawy pzp, a zarzut naruszenia przepisów innych ustawy w tym art. 806 kc nie może prowadzić do odmiennego wniosku w szczególności co do nieważności gwarancji ubezpieczeniowej.

Zamawiający wskazał na uchwałę SN w składzie siedmiu sędziów z 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93) zgodnie z którą, „Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie”, „bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona.

Zatem gwarancje wadialne opatrzone takimi klauzulami – a w niniejszym stanie faktycznym zamawiający takie gwarancje posiada – tworzą abstrakcyjne zobowiązanie gwaranta wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących gwaranta z wykonawcą oraz wykonawcę z beneficjentem (zamawiającym). Gwarant nie może zatem przedstawić beneficjentowi zarzutów wynikających ze stosunku podstawowego jak jest zawarta na okoliczność udzielenia gwarancji umowa. W swej istocie bowiem taka gwarancja jest umową samodzielną nieakcesoryjną i abstrakcyjną.

Odnosząc się do zarzutów braku umocowania agenta do wystawienia gwarancji wadialnej, zamawiający zauważa brak wymogów w tym zakresie zawartych w ustawie pzp lub siwz. Wskazał także na domniemanie z art. 97 kc co do skuteczności czynności prawnych.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie konsorcjum, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania jako spóźnionego, ewentualnie oddalenie w całości z uwagi na jego bezzasadność.

Wskazał na przepisy 182 ust. 1 pkt 2 i 180 ust. 5 pzp. Zarzucił, że odwołanie wniesiono po terminie, gdyż brak jest dowodów na to, że odwołanie wniesiono w terminie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Dodatkowo zauważył, że nie dochowano terminu do przesłania zamawiającemu kopii odwołania. Z prezentaty, którą została opatrzona korespondencja zawierająca odwołanie wynika data 5.03.2019 r., co oznacza przekroczenie terminu.

Następnie przystępujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom odwołania wadium zostało wniesione i zostało to dokonane w sposób zgodny z przepisami ustawy pzp. Przystępujący dokonali tego wnosząc ważną i zgodną z postanowieniami

siwz ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG26/0385/19/0002 wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie.

Przystępujący podkreśla, że zgodnie z najnowszym orzecznictwem gwarancja wadialna wystawiona po zawiązaniu konsorcjum wyłącznie na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego stanowi skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu. W wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17, wskazano, że „jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje – jak wyjaśniono – treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 kc (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) – czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniające zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamiane z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada". Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta – także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji – a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty."

Zacytowane w odwołaniu orzeczenie KIO jest nieaktualne i zostało wydane na innym stanie faktycznym, który nie ma żadnego przełożenia na ocenę ważności wniesienia przez przystępujących wadium, a przede wszystkim nie potwierdza zarzutów odwołującego w tym zakresie.

Gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez przystępujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełnia wszystkie wskazane wyżej przesłanki i obejmuje wszystkie sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Ponadto bezpośrednio w treści odnosi się do faktu, że o udzielenie zamówienia ubiegają się obaj przystępujący jako konsorcjum firm.

Odwołujący uzupełnił argumentację zawartą w odwołaniu w piśmie złożonym do akt postępowania. W szczególności, za wyrokiem SNz 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17 podkreślił znaczenie treści dokumentu wadialnego, w tym potrzeby rozważenia, w świetle czynników wskazanych w art. 65 kc (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) – czy określenie „z przyczyn leżących po jego stronie" (art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 pzp) obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówią, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „za które odpowiada".

Odwołujący wskazał, że w wyniku powyższego wskazania Sądu Najwyższego Sąd Okręgowy w Gdańsku dnia 27 lutego 2019 r. wydał wyrok XII Ga 555/18, w którym uznał, że przesłanki jw. nie powinny być utożsamiane.

W trakcie posiedzenia i rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:
Odwołujący wyjaśnił, że zarzuty odwołania dotyczą gwarancji ubezpieczeniowej opiewającej na kwotę 50000 zł wystawionej na wniosek wykonawcy TEXOM dnia 11 lutego 2019 r.
Odnosząc się do stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie wskazał na argumenty własne w złożonym piśmie, w szczególności powołany wyrok SN z dnia 15 lutego 2018 r., w którym podkreślono znaczenie treści gwarancji i jej literalnej wykładni. Przypomniał treść dokumentu gwarancyjnego, w szczególności pkt 4.1c, gdzie określono przesłankę zaistnienia roszczenia w sytuacji gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zauważył, że w tym punkcie nie odwołano się do przepisów PZP. Przypomniał treść wyroku SO w Gdańsku wskazanego w złożonym piśmie. Stwierdził, że rozstrzygające znaczenie dla skuteczności wadium ma treść złożonej gwarancji, co potwierdził SN w wyroku. Nie kwestionuje przy tym dopuszczalności wniesienia wadium przez jednego spośród wykonawców. W tej sytuacji jednak podstawowe znaczenie ma treść gwarancji. Stwierdził, że zamawiający nie powinien dokonywać wykładni treści gwarancji poza analizą zawartych w dokumencie sformułowań i nie ma podstaw do powoływania w tym przedmiocie art. 23 PZP. W treści dokumentu wymieniono wprost jeden podmiot i przesłanki dotyczące tego podmiotu. Na poparcie stanowiska powołał orzeczenia KIO 1659/09, KIO 2273/10, a także SN III CSK 25/06 i SA w Poznaniu I ACA 761/05.
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko zawarte w złożonej odpowiedzi, zarówno co do zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, jak i jego oddalenia.
Wskazał na brak interesu odwołującego w rozumieniu art. 179 PZP. Stwierdził, że prowadząc postępowanie nie naruszył żadnego przepisu prawa. Wskazał, że w SIWZ w pkt XVI określa warunki dla wadium, w szczególności 4 i 5, gdzie ustalono, iż wadium wniesione przez jednego wykonawcę w przypadku składania oferty wspólnej uważa się za wniesione prawidłowo. Stwierdził, iż treść spornego dokumentu gwarancyjnego prawidłowo wymienia przesłanki realizacji gwarancji zgodnie z przepisami PZP. Zauważył, że odwołujący określił wadliwie zarzuty i argumentację odwołania nie wskazując precyzyjnie, jakiego dokumentu one dotyczą, co może rodzić ryzyko doprowadzenia do orzeczenia niezgodnie i ponad żądanie. Stwierdził, iż obydwa dokumenty gwarancyjne łącznie zabezpieczają interesy zamawiającego, tak co do kwoty, jak i terminu ważności. Stwierdził, że świadczenie konsorcjum jest niepodzielne i w razie zajścia przesłanki zatrzymania wadium z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek członka, roszczenie podlega realizacji. Przypomniał treść przepisu art. 23 PZP wskazując na rozumienie pojęcia wykonawcy w sytuacji wspólnego ubiegania się o zamówienie w postępowaniu, wskazuje przy tym na określenie „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy" jako rozumiane zgodnie z przepisem. Stwierdził, iż ocena fragmentu treści ogólnych warunków umów TU Warta S.A. dokonana przez odwołującego w piśmie procesowym nie ma znaczenia w sprawie. Podtrzymał stwierdzenie, iż dokument gwarancyjny zabezpiecza interesy zamawiającego, jest zgodny z SIWZ, zapewnia bezwarunkową i nieodwracalną realizację w razie zajścia opisanych przesłanek. Podkreślił poprawność złożonych dokumentów wadialnych tak w świetle wymogów PZP,

jak i treści SIWZ.
Przystępujący podkreślił znaczenie odpowiedzialności solidarnej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zauważył, że złożenie oferty wspólnej jest jedną czynnością, a obowiązki wykonawców mają charakter niepodzielny. Za uchybienie każdego z wykonawców odpowiadają wszyscy. Dotyczy to także zdarzeń przewidzianych w art. 46 PZP. Na poparcie argumentacji wskazał także na stanowisko prezesa UZP zamieszczone na stronie internetowej. Podkreślił znaczenie relacji między zamawiającym jako beneficjentem, a gwarantem i zauważył, że stosunek miedzy wykonawcą – wnioskodawcą udzielenia gwarancji, a ubezpieczycielem ma charakter wewnętrzny. Przypomniał treść SIWZ w zakresie dotyczącym wadium.
Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności wskazanych przez zamawiającego i przystępującego do postępowania odwoławczego.

Niesporne jest, że zamawiający otrzymał kopię odwołania w ostatnim dniu terminu przewidzianego na wniesienie odwołania w godzinach wieczornych tj. w czasie po godzinach urzędowania zamawiającego, co spowodowało, że faktycznie z treścią odwołania na podstawie otrzymanej kopii zapoznał się dnia następnego wraz z początkiem godzin urzędowania, które były stronom znane na podstawie zapisów siwz. W ocenie Izby odwołujący nie uchybił terminowi na przekazanie kopii odwołania, zważywszy, że termin ten liczony jest w dniach i nie został przekroczony. Ponadto, wobec zachowania formy przesłania z użyciem środków komunikacji elektronicznej skuteczne prawnie jest domniemanie przewidziane w art. 180 ust. 5 zdanie 2 o możności zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania w momencie doręczenia kopii. Należy nadto stwierdzić, że pojęcie kopii odwołania odnosić należy do merytorycznej treści odwołania, dokument tożsamy z oryginałem co do treści, mimo iż nie zawiera załączników w postaci potwierdzenia uiszczenia wpis, pełnomocnictw, dokumentów rejestrowych nie pozbawia go waloru kopii odwołania, o jakiej mowa w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy pzp.

Nie zachodzi również w sprawie przesłanka odrzucenia odwołania oparta na art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp przez wskazanie, że odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 pzp.

W tym zakresie skład orzekający w pełni przyznaje rację odwołującemu, który zasadnie wskazał, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w takim postępowaniu odwołanie przysługuje wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z orzecznictwem KIO jak i uchwałą Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, dotyczącą problematyki wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, nie ma wątpliwości, że odwołanie uznać należy za dopuszczalne. W uchwale Sądu w odpowiedzi na zapytanie prawne: „Czy w pojęciu "wybór najkorzystniejszej oferty" z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, z późń. zm.) mieści się prawo wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu?" Sąd Najwyższy udzielił następującej odpowiedzi: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art.180 ust 2 pkt 6 ustawy Pzp mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu." Identyczne stanowisko Sąd Najwyższy wyraził w uchwale z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt lll CZP 56/17.

Pozostałe braki formalne odwołania wskazane przez zamawiającego nie stanowią przeszkody do rozpatrzenia odwołania w niniejszej sprawie.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Jest oczywiste, że niemożność uzyskania zamówienia wskutek udzielenia go konkurentowi prowadzić do realnej szkody po stronie wykonawcy, który nie będzie realizował umowy na przewidywanych korzystnych dla siebie warunkach.
W wyniku sprecyzowania przez odwołującego w trakcie posiedzenia i rozprawy skład orzekający stwierdza, że źródłem zarzutów odwołania jest treść ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej z dnia 11 lutego 2019 r., w której jako Beneficjent wskazany jest zamawiający, wykonawca – TEXOM z siedzibą w Krakowie, a Gwarantem TUiR WARTA S.A z siedzibą w Warszawie działający przez agenta ubezpieczeniowego Ubezpieczenia P.Z. na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23-04-2018 r.
W treści dokumentu stwierdzono:

1. Niniejsza ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa została wystawiona na wniosek Wykonawcy składającego ofertę w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem nieograniczonym na „Budowa garażu wraz z częścią obsługową dla KTO w m. Rzeszów, ul. Dąbrowskiego 22 oraz uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie” (zwanym dalej przetargiem). Zgodnie z warunkami tego przetargu Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium.
2. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na zasadach określonych w niniejszym dokumencie, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 50.000 zł (słownie: xxx), stanowiącej kwotę wadium, na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta doręczone Gwarantowi w okresie ważności Gwarancji.
3. Suma gwarancyjna zmniejsza się o każdą wypłatę z tytułu niniejszej Gwarancji.
4. Roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, gdy:
   1/ wykonawca, którego oferta została wybrana:
   a/ odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
   b/ nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
   c/ zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

2/ Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

5. Wypłata z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi, w terminie ważności Gwarancji:
   1/ oryginału wezwania do zapłaty, zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust. 4 stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu Beneficjenta, których podpisy na wezwaniu zostały poświadczone notarialnie lub przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta.
   2/ dokumentów poświadczających umocowanie osób, które podpisały to wezwanie.
6. Niniejsza Gwarancja ważna jest od dnia 11-02-2019 do dnia 15-04-2019 (termin ważności gwarancji)
7. Wierzytelność z tytułu niniejszej gwarancji nie może być przedmiotem przelewu na rzecz osoby trzeciej.
8. Do rozstrzygania wszelkich sporów, jakie mogłyby wyniknąć w związku z treścią lub realizacją niniejszej gwarancji, zastosowanie będzie miało prawo polskie, a sądem właściwym do ich rozstrzygania będzie sąd powszechny, według przepisów o właściwości ogólnej.
9. Adres korespondencyjny Gwaranta: TUiR WARTA S.A. oo-710 Warszawa Al. Witosa 31 (-) stempel, pieczęć i podpis agenta.

Przytoczenie niemal w całości treści dokumentu potwierdzającego ustanowienie wadium na rzecz zamawiającego jest w ocenie Izby uzasadnione faktem, iż dla oceny zarzutu znaczenie kluczowe ma treść gwarancji ustalona przez gwaranta na wniosek wykonawcy, z której należy wnioskować, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17 o skutkach prawnych. W orzeczeniu wskazano, że „jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 kc (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) – czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniające zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamiane z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada". Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta – także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji – a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty."

W sprawie rozpatrywanej oceniając zarzut dotyczący skuteczności przedmiotowego wadium, skład orzekający stwierdza, co następuje. Podstawą zarzutu odwołania i sporu stron jest fakt, że w treści dokumentu gwarancji jako wnioskodawca wymieniony jest jeden wykonawca. W świetle treści dokumentu niesporne jest także określenie przedmiotu zamówienia, kwota wadium oraz przesłanki nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na rzecz beneficjenta na każde pierwsze pisemne żądanie, na zasadach określonych w dokumencie. Wskazane przesłanki zapłaty odpowiadają w całości wymienionym w przepisie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy pzp mimo nie powołania wprost tego przepisu, wobec zacytowania w całości jego postanowień.

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 łączne, na które składa się objęte sporem oraz wskazane w dokumencie nie objętym zarzutem odwołania, 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. W ocenie składu orzekającego, potwierdzonej stanowiskiem Sądu Najwyższego (przywołanym wyżej), nie jest konieczne wymienienie w dokumencie gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, który ustala wymagania dotyczące wadium w siwz (art. 36 ust. pkt 8 ustawy pzp). Warto w tym miejscu zauważyć, że zamawiający jednoznacznie wskazał w postanowieniach siwz w pkt XVII.5, iż w przypadku składania oferty wspólnej, wadium wniesione przez jednego z Wykonawców uważa się za wniesione prawidłowo. Powyższe postanowienie, podobnie jak i treść oświadczenia gwaranta wymagają jednak, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy stosownej wykładni treści, na podstawie art. 65 kc. Uzasadnione i jedynie racjonalne jest stwierdzenie, że wadium wskazane w siwz jest również wadium wnoszonym wspólnie przez wykonawców niezależnie od sposobu jego ustanowienia; wnosi się je jako element niezbędny wraz i łącznie z ofertą wspólną. Oczywiste jest, że o tej ofercie mowa jest w dokumencie gwarancji w stwierdzeniu o „Wykonawcy składającym ofertę w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem nieograniczonym…" .

Również przepisy ustawy pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum.

Izba podziela także stanowisko zamawiającego, który przypomniał, iż świadczenia obciążające wykonawców działających w konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy, mają charakter świadczenia niepodzielnego i w tym zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 k.c.

W piśmiennictwie utrwalony jest również pogląd, że z uwagi na abstrakcyjny i samoistnych charakter gwarancji ubezpieczyciel (gwarant) nie może przedstawiać wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego, a tym samym w stosunku wewnętrznym gwarant nie jest zobligowany, a nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji.

W konsekwencji wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego będącego beneficjentem gwarancji, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę - a fakt złożenia jej wspólnie z drugim wykonawcą nie odbiera mu przymiotu oferenta (wykonawcy) - powoduje, że niezależnie od tego, po stronie którego z dwóch wykonawców (konsorcjantów) ziszczą się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, gwarant będzie zobowiązany do

wypłaty kwoty zabezpieczenia uwidocznionej w dokumencie gwarancyjnym. Działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń.

Potwierdzeniem zasadności stanowiska Izby 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 działających 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.

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 dwóch gwarancji ubezpieczeniowych udzielonych na zlecenie każdego z wykonawców na łączną kwotę odpowiadającą wymogom określonym w siwz.

W takim stanie rzeczy zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu nie znalazł potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……