

Sygn. akt KIO 350/17

Sygn. akt: KIO 350/17

WYROK

z dnia 13 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2017r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2017r. **przez odwołującego: I.B. S.A. (...)** W. w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego: T.W. Spółka Akcyjna (...)** K.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: H.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.W.K. H.K. (...) M. oraz "U.P. " S.A. (...) K. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża I.B. S.A. (...) W. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną I.B. S.A. (...) W. tytułem wpisu od odwołania,

1

Sygn. akt KIO 350/17

2.2. zasądza od I.B. S.A. (...) W. kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz T.W. Spółka Akcyjna (...) K. stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w K.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 350/17

Uzasadnienie

Pismem z dnia 23 lutego 2017 roku wykonawca I.B. (...) W. zwanym dalej „odwołującym” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a 02-676 W. odwołanie w sprawie prowadzonego zamówienia publicznego na zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu doprowadzenia wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowla bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. - O.E.J.I. w J..

W imieniu odwołującego na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. (Dz. U. z 2013r, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”, wniesiono odwołanie wobec czynności zamawiającego, T.W. S.A. z siedzibą w K. zwanego dalej „zamawiającym”,

podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, polegających w szczególności na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: „U.P.” S.A., (...) K. oraz H.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z.W.K. H.K., (...) M. zwanych dalej „wykonawcą wybranym” lub „przystępującym po stronie zamawiającego” oraz zaniechania wykluczenia Wykonawcy, pomimo tego, iż Wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności podjętych przez Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez błędne uznanie, iż Wykonawca wniósł wadium zabezpieczające ofertę Wykonawcy, pomimo faktu, iż ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02/GG35/0128/16/0009 nie uwzględnia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, potwierdzonych przez Zamawiającego w punkcie 18.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie, iż Wykonawca wniósł prawidłowe wadium zabezpieczające ofertę pomimo faktu, iż ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr Wykonawcy, 02/GG35/0128/16/0009 nie uwzględnia wymagań określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności punktu 18.4.4. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez błędne uznanie, iż Wykonawca wniósł wadium zabezpieczające ofertę Wykonawcy, pomimo faktu, iż z przedłożonych dokumentów nie wynika, że przedłożone gwarancje ubezpieczeniowe

3

Sygn. akt KIO 350/17

zabezpieczając ofertę Wykonawcy, tj. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, pomimo iż Wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert oraz innych przepisów Ustawy, wymienionych w treści niniejszego odwołania.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Pzp, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji z dnia 13.02.2017r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert
- wykluczenia Wykonawcy z powodu niewniesienia przez niego wadium do upływu terminu składania ofert
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego

Informacja o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę została przekazana w dniu 13.02.2017r. W związku z powyższym niniejsze odwołanie wnoszone jest z zachowaniem terminu wynikającego z Ustawy. Na potwierdzenie powyższego w załączeniu przedłożono kopię zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający niesłusznie dokonał wyboru oferty Wykonawcy wybranego to jest przystępującego po jego stronie. Oferta Odwołującego jest drugą w kolejności - niepodlegającą odrzuceniu, w związku z powyższym, w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Zgodnie z punktem 18.1 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do wniesienia wadium w wysokości 1.000.000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych). W punkcie 18.9 SIWZ zostało wskazane, iż Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie

wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
Wykonawca wniósł wadium w postaci dwóch gwarancji ubezpieczeniowych, każdej opiewającej na kwotę 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych). Gwarancja

4

Sygn. akt KIO 350/17

ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr PO/00742013/2016 z dnia 21 grudnia 2016r. została wystawiona przez G.T.U. S.A. Jako Dłużnik (Wykonawca), wskazany został „U.P.” S.A. z siedzibą w K..

Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02GG35/0128/16/0009 z dnia 21 grudnia 2016r. została wystawiona przez I.T.U. Spółka Akcyjna V.I.G.. Jako Zobowiązany został wskazany U.P. S.A. z siedzibą w K.. Z treści gwarancji wynika, iż I.T.U. Spółka Akcyjna V.I.G. gwarantuje wypłatę kwoty z gwarancji z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami. W punkcie 5 ppkt 5) gwarancji, wskazane zostało, iż żądanie zapłaty powinno wskazywać przypadek określony w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami. Dodatkowo w punkcie 9 gwarancji określono, iż spory mogące wynikać z przedmiotowej gwarancji, podlegają rozpoznaniu przez sąd właściwy dla siedziby I. TU S.A. V.I.G..

1. Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02GG35/0128/16/0009 z dnia 21 grudnia 2016r. wystawiona przez I.T.U. Spółka Akcyjna V.I.G. (zwana dalej „Gwarancją 1”) Niniejsza gwarancja dotknięta jest trzema istotnymi wadami.

Co do pierwszej wady, tj. nieprawidłowego określenia w gwarancji przesłanek stanowiących podstawę do zatrzymania wadium, w Gwarancji 1 wskazano, iż zapłata kwoty gwarancyjnej nastąpi w przypadku zaistnienia co najmniej jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami”. Taki sposób sformułowania warunków wypłaty z gwarancji powoduje, iż przesłanki uprawniające do zatrzymania wadium określone zostały w oparciu o brzmienie Ustawy z dnia wystawienia gwarancji, tj. z dnia 21.12.2016r. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało ogłoszone w dniu 02.05.2015r. Dlatego też, wystawione gwarancje, co potwierdza chociażby sam Zamawiający w punkcie 18.9 SIWZ, powinny uwzględniać przesłanki określone w Ustawie według stanu na dzień 02.05.2015r.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na różnice w konstrukcji art. 46 ust. 4a Pzp.

W dniu 02.05.2015r. obowiązywało następujące brzmienie tego przepisu:

„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

5

Sygn. akt KIO 350/17

Natomiast w dniu 21.12.2016r., tj. po nowelizacji z dnia 28 lipca 2016r., art. 46 ust. 4a stanowił że: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”
Niezwyczajnie istotną różnicą pomiędzy brzmieniem Ustawy we wskazanych wyżej okresach jest dokonane w wyniku nowelizacji z dnia 28 lipca 2016r. wyłączenie z przesłanek

uprawnających do zatrzymania wadium braku przedłożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Dlatego też trudno uznać, iż tak wniesiona Gwarancja 1, stanowi prawidłowy dokument wadium, gdyż nie obejmuje ona wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, które winny znaleźć zastosowanie w odniesieniu do przedmiotowego Postępowania. Składana zamawiającemu gwarancja odwoływać się musi do brzmienia przepisów p.z.p., które jest obowiązującym w prowadzonym postępowaniu przez tego zamawiającego. W innym przypadku trudno uznać, że odwołuje się ona do wszystkich okoliczności w przepisach wskazanych” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2014 r., KIO 2369/14.

Z uwagi na powyższe bezspornym jest, że gwarancja wadium nie zabezpiecza oferty w sposób prawidłowy, tj. odpowiadający znajdującym zastosowanie przepisom, nie dając tym samym Zamawiającemu pewności co do możliwości skorzystania z wadium w przypadku ziszczenia wszystkich przesłanek określonych art. 46 ust. 4a Ustawy Pzp. „Gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie gwarancji.

„zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. należy uznać za nieprawidłowe.” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2015 r. KIO 311/15.

Odwołujący wskazuje również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2016r. (KIO 293/16), w którym czytamy, iż: „W przypadku objęcia gwarancją bankową tylko niektórych sytuacji uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, a wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., bezpodstawne jest założenie, że gwarant obejmie swoją

6

Sygn. akt KIO 350/17

odpowiedzialnością również sytuację nie wskazane w treści gwarancji, a objęte regulacją art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. Sam gwarant ogranicza w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających. Dla oceny roszczenia zamawiającego przez gwaranta nie jest wystarczające określenie wartości żądania, ale zamawiający musi podać także jakie zdarzenie doprowadziło do powstania żądania, czyli jaka czynność została zaniechana i przez kogo. Gwarant może zatem analizować, czy zgłaszane żądanie dotyczy tak zaniechań opisanych w gwarancji, jak i podmiotu, który tego zaniechania miał się dopuścić, a za którego gwarant zobowiązał się świadczyć. W przypadku, gdy zdarzenia opisane w zgłoszeniu i objęte gwarancją nie są tożsame, gwarant ma prawo uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że gwarancja bankowa, która w swojej treści nie obejmuje wszystkich przypadków wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. spełnia funkcję zabezpieczającą.”

Nie bez znaczenia pozostaje również, iż analogiczna sytuacja miała miejsce w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którego przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji układu wyprowadzenia energii elektrycznej (linia blokowa 2x400 kV) w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. O.E.J.I. w J.. W ramach tego postępowania, jeden z wykonawców (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: P.E. S.A. oraz Z.R. Sp. z o.o.) wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, (gwarancja przetargowa nr CRD/02/11165) która miała być płatna po otrzymaniu oświadczenia, „że wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych („Ustawa”) z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy lub pełnomocnictw, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. grudnia 2016r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w w/w

postępowaniu, jednocześnie wskazując, iż dokonał wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: P.E. S.A. oraz Z.R. Sp. z o.o., z uwagi na to, że „Gwarancja przetargowa nr CRD/02/11165 wystawiona przez C.A.B.P. S.A. w dniu 4 lipca 2016r. nie zawiera wszystkich przesłanek uprawniających Zamawiającego do zatrzymania wadium (brak możliwości zatrzymania wadium w sytuacji gdy wykonawca nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należy do grupy). Powyższa wada jest nieusuwalna w związku z powyższym Zamawiający był obowiązany do wykluczenia Wykonawcy na

7

Sygn. akt KIO 350/17

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z art. 46 ust. 4a, a jego ofertę uznaje się na podstawie art. 24 ust. 4 za odrzuconą”.

Dlatego też, mając na uwadze, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia dokładnie z taką samą sytuacją, Zamawiający winien był konsekwentnie wykluczyć Wykonawcę z niniejszego postępowania, gdyż wniesiona przez niego ubezpieczeniowa Gwarancja nr 1 obarczona jest de facto tym samym błędem.

W zakresie drugiej wady wskazać należy, że Zamawiający zapisem punktu 18.4.4. SIWZ sprecyzował wyraźne wymagania w odniesieniu do treści zabezpieczenia wadium, wskazując: „Dokumenty, o których mowa w punktach 18.2.2. do 18.2.5. Części A SIWZ, powinny być sporządzone i będą interpretowane zgodnie z prawem obowiązującym w Polsce. Wszelkie spory związane z przedmiotowymi dokumentami będą rozstrzygane przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Zamawiającego.” Tymczasem, w pkt 9 Gwarancji 1 zawarto następujące postanowienie: „Spory mogące wyniknąć z niniejszej gwarancji podlegają rozpoznaniu przez sąd właściwy dla siedziby I. TU S.A. V.I.G.”.

Określenie w Gwarancji 1 właściwości sądu w taki sposób stanowi ewidentną sprzeczność z wymaganiami Zamawiającego określonymi SIWZ. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej złożenie gwarancji wadliwej niezgodnej z wymaganiami SIWZ jest równoznaczne z niewniesieniem wadium i wyczerpuje przesłankę określoną w art. 24 ust. 2 pkt 2) Pzp skutkującą koniecznością wykluczenia Wykonawcy. Przykładowo, tezę taką zawarto w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2013 r. KIO 1922/13; KIO 1949/13: „Niewniesione wadium nie dotyczy tylko sytuacji zupełnego braku jego wniesienia, ale również jego wadliwego wniesienia, w tym w sposób sprzeczny z SIWZ.”

Z ostrożności nadmieniamy również, iż Zamawiającemu przysługuje prawo do określenia własnych wymagań w zakresie treści zabezpieczenia (z pominięciem sposobu określania przesłanek do zatrzymania wadium, które są bezwzględnie obowiązujące). Stanowisko to potwierdza np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2015 r. KIO 1222/15, w

którym uznano, że „Zamawiający może określić w SIWZ swoje wymagania w odniesieniu do treści gwarancji ubezpieczeniowej (jak również gwarancji bankowej), co jest zasadne z uwagi na brak regulacji w zakresie ustawowych wymagań co do treści gwarancji” Dlatego też chociażby z tego powodu Gwarancja 1 powinna zostać uznana za nieprawidłową. Jest to o tyle istotne w

ubezpieczeniowej wystawionej na wniosek Wykonawcy przez G.T.U. S.A., została prawidłowo wskazana właściwość sądu, co potwierdza, iż Wykonawca miał świadomość konieczności wprowadzenia modyfikacji w treści wzoru gwarancji w tym zakresie i że taka modyfikacja jest dopuszczalna i uwzględniana przez towarzystwa ubezpieczeniowe.

2. Gwarancja nr 1 oraz Gwarancja Ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr PO/00742013/2016 z dnia 21 grudnia 2016r. wystawiona przez G.T.U. S.A. (zwana dalej „Gwarancja 2”)

8

Sygn. akt KIO 350/17

Zarówno Gwarancja 1 jak i Gwarancja 2 zabezpiecza jedynie niewykonanie zobowiązań przez, odpowiednio, Dłużnika (Wykonawcę) oraz Zobowiązanego, którym to w obydwóch dokumentach jest jedynie U.P. S.A. Podmiot ten został co prawda wskazany przez Wykonawcę jako Lider Konsorcjum w wyniku zmiany dokonanej już po złożeniu wniosku ale przed złożeniem oferty. Jednakże jako pełnomocnik Wykonawcy, w zakresie pełnomocnictwa z dnia 27 maja 2015r., pozostawiony został H.K. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą Z.W.K. H.K.. W ramach pełnomocnictwa z dnia 27 maja 2015r., podmiot ten został upoważniony m.in. do składania i przyjmowania wszelkich oświadczeń, w tym zadawania pytań i udzielania wszelkich wyjaśnień, w szczególności dotyczących treści oferty i innych dokumentów, uzupełniania dokumentacji oferty na wezwanie Zamawiającego, w szczególności w zakresie złożonych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. W tym zakresie jedynie H.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.W.K. H.K. może składać stosowne oświadczenia i uzupełnienia w imieniu Wykonawcy.

W związku z powyższym Gwarancja 1 oraz Gwarancja 2 nie potwierdzają wniesienia wadium w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści tych gwarancji nie wynika bowiem zabezpieczenie oferty i działania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego a jedynie działań i zaniechań U.P. S.A., który to podmiot nie może dokonywać w imieniu Wykonawcy żadnych czynności, gdyż nie posiada stosownego pełnomocnictwa. Odwołujący zwraca uwagę, iż istnieje możliwość wystawienia gwarancji na wniosek jednego podmiotu, z którego treści będzie wynikało zabezpieczenie zobowiązań wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. całego konsorcjum, które jest w takim przypadku definiowane jako Dłużnik bądź Zobowiązany. Dlatego też wydaje się być oczywiste, że Gwarancja 1 i Gwarancja 2, wystawione na zlecenie U.P. S.A. powinny wprost wskazywać na obu członków konsorcjum jako Wykonawcę i nie mogą pomijać w określeniu Dłużnika bądź Zobowiązanego tego podmiotu, który de facto i de iure uprawniony jest do dokonywania wszelkich czynności. W orzecznictwie zdecydowanie dominujący jest pogląd, wskazujący na abstrakcyjny charakter gwarancji i jego oderwanie od stosunku podstawowego, jakim jest wniosek zleciennodawcy gwarancji, a także na to, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie tworzą bytu mającego odrębną osobowość prawną, działają w celu realizacji określonego przedsięwzięcia i najczęściej nie wnoszą wkładów czy udziałów tak aby powstało wspólne ich mienie rodzące solidarną odpowiedzialność. Przepisy Ustawy normują stosunku pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, a nie pomiędzy zamawiającymi a podmiotami trzecimi, a takim podmiotem jest gwarant, stąd też przepis art. 23 ust. 3 Pzp nie ma skutku dla gwaranta. Przepis art. 141

Sygn. akt KIO 350/17

także nie reguluje kwestii solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na etapie przed zawarciem umowy, stąd nie może kreować solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców za wniesienie wadium. W przedmiotowej sprawie Wykonawca przedkłada dwa dokumenty gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium, w których obydwie zabezpieczają tylko zobowiązania podmiotu, który nie ma stosowanego pełnomocnictwa do działania w imieniu Wykonawcy, a co więcej, czynności, które mogą skutkować zatrzymaniem wadium, może dokonać tylko ten podmiot, o zobowiązaniach którego ani w jednej ani w drugiej gwarancji nie ma mowy. Dlatego też w ocenie Odwołującego obydwa dokumenty są wadliwe, w związku z czym Wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący przywołuje następujące, przykładowe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 roku (KIO 974/15):

„Nie ulega żadnej wątpliwości, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma też żadnych przeszkód, aby umowa gwarancji ubezpieczeniowej została zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji bankowej przesądzają bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić bankowi na skuteczne uchylenie się od wypłaty sumy gwarancyjnej.

Przed wszystkim wskazać należy, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się do nich, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p., odpowiednio.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1408/10), wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. Zarówno z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p. wynika, iż w takim wypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p. przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy P.z.p. materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie podkreślić należy, że wynikająca z

10

Sygn. akt KIO 350/17

ustawy P.z.p. odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy relacji między tymi wykonawcami a zamawiającym. Nie kształtuje ona relacji prawnych z podmiotami trzecimi, takimi jak bank (gwarant). Niezależnie jednak od powyższego zauważyć należy, że żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 421/12). Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 ustawy P.z.p. i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A contrario, solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (takich jak niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy). Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej, zawiązanie konsorcjum bowiem nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej. Za błędne należy również uznać konstruowanie odpowiedzialności solidarnej z samego faktu złożenia wspólnej oferty. W literaturze przedmiotu podnosi się w związku z brzmieniem art. 369 k.c., iż zobowiązanie solidarne wymaga szczególnego tytułu, dla jego zaistnienia nie jest bowiem wystarczająca sama tylko wspólnota celu powiązań między dłużnikami. Brakuje również wystarczających podstaw do uznania umowy konsorcyjnej za czynność prawną w rozumieniu art. 369 k.c. zastrzegającą solidarność zobowiązania wykonawców w stosunkach zewnętrznych z zamawiającym. Umowa konsorcyjna wywołuje bowiem skutek tylko między jej stronami, a nie w stosunku do zamawiającego. Przez czynność prawną jako podstawę solidarności należy rozumieć zatem tylko umowę z zamawiającym. Wynika to stąd, iż nie można nikogo zobowiązać bez jego zgody ani też przyznać mu określonego prawa, jeśli sobie tego nie życzy, trzeba stwierdzić, iż przy czynności prawnej jednostronnej solidarność wchodzi w grę tylko wtedy, gdy upoważnienie do jej dokonania zawarte zostało we wcześniejszej umowie. Podnoszony więc przez Przystępującego argument o solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum zawartej w umowie konsorcyjnej jest bez znaczenia, gdyż nie rodzi ona żadnych skutków w stosunku do Zamawiającego, który nie jest stroną tego stosunku zobowiązanego i nie może wywodzić w stosunku do siebie żadnych praw z niego wynikających.

11

Sygn. akt KIO 350/17

W ocenie Izby wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia

gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (wyroki KIO z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10 oraz z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14). Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Sposób udzielenie ważnego wadium i wymogi z nim związane nie są objęte regulacją ustawy P.z.p. i w tym zakresie należy stosować przepisy Prawa Bankowego. Oczywistym jest, że przesłanki wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 pkt 1 ustawy P.z.p. odnoszą się do wykonawcy. W przypadku konsorcjum jednak nie mamy do czynienia z osobnym podmiotem prawnym (co Izba uzasadniła powyżej) lecz z wielością podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie można podzielić poglądu Przystępującego, że dla Zamawiającego ważny jest zawsze wyłącznie skutek w postaci odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę rozumianego jako konsorcjum przy czym nie ma znaczenia czy przyczyna zaistnienia skutku istnieje po stronie wszystkich członków konsorcjum czy tylko jednego. Powyższe wnioski mogłyby być wyłącznie zasadne w przypadku, gdy konsorcjum z mocy prawa uważane byłoby za podmiot prawa, mogący we własnym imieniu zaciągać prawa i obowiązki. W obecnych jednak regulacjach nie zostały wprowadzone takie przepisy. W konsekwencji Izba stoi na stanowisku, że w przypadku, gdy np. odmowa zawarcia umowy wystąpi po stronie wykonawcy niebędącego objętym gwarancją bankową, to bank ma zasadne prawo odmówić wypłaty należnej Zamawiającemu sumy. Potwierdza to zresztą treść samej gwarancji. Wskazane jest w aneksie nr 1,

że dotyczy ona zobowiązania spółki E. S.A. W sytuacji, gdy spółka ta wykona ciążące na niej zobowiązanie i podpisze umowę, to brak jest podstaw do żądania przez Zamawiającego wypłaty przez bank wartości wadium z powodu niewykonania zobowiązania przez spółkę T. sp. z o.o. sp.k., gdyż w treści gwarancji brak jest jakiegokolwiek wskazania, że również w przypadku uchybień w realizacji zobowiązań tego podmiotu Zamawiający ma prawo żądać wypłaty wadium/

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2014 roku (KIO 1785/14):

„W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wadium może zostać wniesione przez dowolnego z tych wykonawców, co wynika z treści art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże jeżeli wadium wnoszone jest w postaci gwarancji bankowej lub

Sygn. akt KIO 350/17

ubezpieczeniowej, w treści takiej gwarancji powinna znaleźć się informacja, które podmioty zabezpieczają zapłatę wadium.

W niniejszej sprawie gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona przez Odwołującego nie spełnia tego wymogu. Z treści tej gwarancji jednoznacznie wynika, że zabezpiecza ona zapłatę zapłaty wadium jedynie przez Z.R.I.B. Z. Z. S., a więc tylko przez jednego członka Konsorcjum Odwołującego. Okoliczność ta przesądza o uznaniu, że wadium nie zostało skutecznie wniesione przez Odwołującego. Należy wskazać, że w sytuacji, gdy w treści gwarancji nie zostanie wymieniony każdy z wykonawców wspólnie składających ofertę (nie zostaną wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum), to przesłanki związane z możliwością zatrzymania wadium przez Zamawiającego nie będą rozciągały się na tych członków konsorcjum, którzy nie zostali wymienieni w treści gwarancji. W takiej sytuacji może okazać się, że Zamawiający nie ma możliwości zatrzymania wadium we wszystkich sytuacjach wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Jeżeli bowiem okoliczności uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium związane byłyby z działaniami lub zaniechaniami członka konsorcjum nie wymienionego w treści gwarancji ubezpieczeniowej, to wystawca takiej gwarancji może odmówić zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji, podnosząc, że z treści gwarancji wynika, że objęty jest nią tylko jeden podmiot.

Tym samym gwarant może odmówić wypłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium w sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium dotyczyć będą Z. Sp. z o.o., jako członka Konsorcjum Odwołującego. Tym samym treść gwarancji złożonej przez Odwołującego i wymienione w niej okoliczności zatrzymania wadium nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń, które mogą spowodować prawo żądania przez Zamawiającego zapłaty kwoty

gwarancji, gdyż nie dotyczą obu podmiotów tworzących konsorcjum.

Nawet gdyby przyjąć, że w zakresie wniesienia wadium istnieje odpowiedzialność solidarna, to wystawca gwarancji nie jest zobowiązany do rozszerzającej interpretacji treści

wystawionej przez siebie gwarancji. Ma prawo uznać, że podmiot nie wymieniony wprost w treści gwarancji jest osobą trzecią w stosunku do wystawcy gwarancji, za działania i zaniechania której gwarant nie ponosi odpowiedzialności. A skoro tak, to gwarant może odmówić wypłaty sumy objętej gwarancją w sytuacji, gdy podstawą żądania wypłaty sumy gwarancyjnej będą działania lub zaniechania podmiotu nie wymienionego wprost w treści gwarancji. W niniejszej sprawie z treści gwarancji wynika, że jedynym podmiotem, którego działania lub zaniechania mogą stanowić podstawę żądania wypłaty przez Zamawiającego sumy gwarancyjnej, jest Z.R.I.B. Z. Z. S. Z treści gwarancji nie wynika, aby taką podstawę mogły stanowić działania lub zaniechania Konsorcjum, którego członkiem jest Odwołujący, ani działania lub zaniechania drugiego członka tego Konsorcjum. Ponieważ nie obowiązują żadne ustawowe regulacje, które dawałyby podstawę do rozszerzenia zakresu podmiotów

13

Sygn. akt KIO 350/17

objętych gwarancją, zakres podmiotowy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej może zostać określony wyłącznie w oparciu o literalną dokumentu gwarancyjnego. Tym bardziej brak jest podstaw do rozszerzania zakresu podmiotowego gwarancji z powołaniem się na zasady współżycia społecznego lub ustalone zwyczaje.

W ocenie Izby, solidarna odpowiedzialność wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na czynności, które wprost nie wynikają z treści ustawy Prawo zamówień publicznych.” - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 roku (KIO 1251/15)

„Art. 45 ust. 6 ustawy określa dopuszczalne formy wadium. W ocenie Izby wszystkie te formy powinny w jednakowy sposób zaspokajać roszczenia zamawiającego wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, a więc kompensować

sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń, a także szkody związanej z niezawarciem umowy z najkorzystniejszym wykonawcą. Tym samym każda forma wniesienia wadium musi być tak

niezawarciem umowy z najkorzystniejszym wykonawcą. Tym samym każda forma wniesienia wadium musi być tak samo łatwo egzekwowalna jak gotówka. W ocenie Izby, aby tak się stało nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Odpowiedzi na te pytania nie można odnaleźć na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zgodnie z art. 1 ustawy reguluje ona zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, czyli postępowania wszczynanego w celu dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje stosunki pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, natomiast nie reguluje stosunków wykonawca - bank czy zamawiający-bank. Z tego względu błędne jest w ocenie

Izby wskazywanie jako uzasadnienia dla dopuszczalności składania gwarancji wadialnej wystawionej wyłącznie na jednego członka konsorcjum przepisów art. 23 ust. 3 czy art. 141 ustawy. Tym samym dla oceny możliwości dochodzenia przez zamawiającego roszczeń z gwarancji bankowej należy brać pod uwagę przepisy innych ustaw. Zgodnie z art. 81 ustawy prawo bankowe - gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio lub za pośrednictwem innego banku. Przepis ten wskazuje na podobieństwa z instytucją przekazu uregulowaną na gruncie art. 9211 i nast. k.c., zgodnie z którym kto przekazuje drugiemu

14

Sygn. akt KIO 350/17

(odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego) upoważnia tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia, a przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek

przekazującego. Zgodnie z § 2 art. 9212 k.c. przekazany w przypadku przyjęcia przekazu przez odbiorcę przekazu może powoływać się tylko na zarzuty wynikające z treści przekazu oraz na zarzuty, które przysługują mu osobiście względem odbiorcy.

Beneficjent gwarancji jest zatem odbiorcą przekazu, zaś bank gwarant przekazany.

Oznacza to, że bank gwarant może podnosić wobec zamawiającego zarzuty z treści przekazu, a w tym związane z warunkami zapłaty. W ocenie Izby na warunki zapłaty składa się także wskazanie za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy bank gwarant odpowiada. Niejednoznaczne określenie zatem podmiotu za który bank odpowiada może być podstawą zarzutów banku wobec beneficjenta gwarancji wynikających z treści gwarancji. Izba uważa, że bank gwarant może skutecznie uchylać się od zapłaty sumy wadium podnosząc, że odpowiadał tylko za zachowania Przedsiębiorstwa Usług Technicznych I., a nie odpowiadał za zachowania Konsorcjum I. i P.. W tej sytuacji wybrana forma wadium, nie zapewniałby tak samo skutecznej funkcji gwarancyjnej jak pieniądź. Stąd przyjęcie, że została wniesiona gwarancja przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy dokument gwarancji jest wystawiony tylko na jednego wykonawcę nie zapewnia realizacji celu wadium. Tym samym można tylko uznać, że taki dokument nie jest wniesieniem wadium, zaś wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

nie ma znaczenia stan świadomości banku gwaranta, co do tego jacy wykonawcy wspólnie składają ofertę, o ile nie został on odzwierciedlony w treści gwarancji w warunkach zapłaty, albo co najmniej był wiadomy zamawiającemu w dacie składania ofert. Zamawiający bowiem nie mając wiedzy o tym na jakich warunkach bank zobowiązał się świadczyć na jego rzecz, nie może podejmować ryzyka odmowy zapłaty wadium. Tym samym nie ma znaczenia

oświadczenie banku z dnia 22 czerwca 2015 r. Izba uważa także, że z treści pełnomocnictwa konsorcjalnego jak i umowy nie wynika, że lider miał uzyskać wadium. Z tych dokumentów wynika jedynie, że miał je wnieść zamawiającemu, tym samym dokumenty te nie mogły stanowić uzasadnienia dla odstąpienia przez zamawiającego od zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba uznała zatem, że odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż konkurowanie przez wykonawców niewykluczonych z wykonawcami, którzy powinni zostać wykluczeni trudno uznać za realizację zasady równego traktowania wykonawców. Izba dopatrzyła się zatem w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i w konsekwencji nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

15

Sygn. akt KIO 350/17

zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych I. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z., ul. O. oraz P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. Z. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert."

W związku z powyższym wnosimy jak we wstępie.

Pismem z dnia 7 marca 2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wniesione w dniu 23 lutego 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę I.B.. (dalej jako „Odwołujący”) na czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w Postępowaniu wnosząc o: 1. oddalenie odwołania z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów oraz złożonych wniosków;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w dokumentacji Postępowania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu; 3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie. W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną. 1. Brak interesu po stronie Odwołującego z uwagi na upływ terminu związania jego ofertą 1.1. Przed ustosunkowaniem się do zarzutów odwołania w pierwszej kolejności należy zauważyć, że termin związania ofertą Odwołującego upłynął w dniu 20 lutego 2017 r., a zatem na 3 dni przed wniesieniem odwołania (23 lutego br.). Co istotne, do 20 lutego br. Odwołujący nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą ani nie przedstawił dokumentu potwierdzającego

wniesienie wadium (gwarancja ubezpieczeniowa przedstawiona przez Odwołującego również wygasła w dniu 20 lutego br.). Wobec powyższego Oferta Odwołującego przestała być wiążąca jeszcze przed wniesieniem odwołania, a zatem nie może znaleźć zastosowania art. 182 ust. 6 Pzp, zawieszający bieg terminu związania ofertą. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić,

że Odwołujący już w dacie składania odwołania nie posiadał interesu w uzyskaniu odwołania i nie posiada go obecnie, ponieważ z upływem 20 lutego br. jego oferta stała się niewiążąca, a tym samym nie może być wybrana jako najkorzystniejsza.

1.2. Konieczność oddalenia odwołania złożonego przez wykonawcę, którego oferta przestała być wiążąca, potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. „odwołujący nie będąc związany ofertą w dacie złożenia odwołania, nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., ponieważ, nawet gdyby odwołanie zostało uwzględnione zgodnie z żądaniami Odwołującego, to w przypadku powtórnej oceny ofert Zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty Odwołującego (z uwagi na upływ terminu związania ofertą)”.

1.3. Niezależnie też od braku interesu Odwołującego, odwołanie podlega oddaleniu również z uwagi na brak wpływu rzekomych naruszeń na wynik postępowania. Na tej podstawie Izba

16

Sygn. akt KIO 350/17

oddaliła odwołanie wniesione w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (wówczas: P.K.E. S.A.) stwierdzając, że „wykonawca, który ma zamiar korzystania ze środków ochrony prawnej, w takiej sytuacji jak analizowana, powinien zadbać o ważność swojej oferty i złożyć w tym zakresie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania się treścią oferty na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy. W niniejszej sprawie pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w terminie związania ofertą. Wybrana w tym postępowaniu oferta nie była ofertą złożoną przez Odwołującego. Nakazanie aktualnie przez Izbę dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu doprowadziłoby do powrotu do toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed czynnością jego zakończenia, a więc przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu nie byłoby jednak możliwe z uwagi na upływ terminu związania ofertą przez Odwołującego i brak możliwości - w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp - przywrócenia biegu tego terminu. Z tych też względów Izba uznała, iż uwzględnienie odwołania i tym samym nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności w postępowaniu pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego, z uwagi na brak wiążącego terminu ważności zobowiązania ofertowego podlegałaby odrzuceniu. Odwołujący w tym zakresie mając możliwość przedłużenia samodzielnie terminu związania ofertą z tej możliwości nie skorzystał, przez co utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu”¹.

1.4. Mając zatem na uwadze, że oferta Odwołującego przestała być wiążąca jeszcze przed wszczęciem postępowania odwoławczego, to tym samym odwołanie podlega oddaleniu na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp oraz art. 192 ust. 2 Pzp a contrario, bez konieczności i dalszego merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów.

2. Prawidłowe określenie warunków zapłaty wadium w treść gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez I.

2.1. Całkowicie chybione i niezrozumiałe są zastrzeżenia Odwołującego do treści ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium wystawionej przez I. TU S.A. na zlecenie konsorcjum wykonawców „U.P.” S.A. (dalej jako „U.P.”) i Zakładu Wielobranżowego „K.P.” H.K. (dalej jako „K.P.”; obaj wykonawcy dalej zaś łącznie jako „Przystępujący”). Przede wszystkim wskazać należy brzmienie, zgodnie z którym wystawca „niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie zapłatę kwoty 500.000,00 zł złotych (słownie złotych: pięćset tysięcy 00/100 z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. wraz z późniejszymi zmianami”. Taka treść zobowiązania gwaranta nie mogła budzić wątpliwości Zamawiającego, że wystąpienie

17

Sygn. akt KIO 350/17

którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium będzie uprawniać go do otrzymania określonej w gwarancji sumy na pierwsze żądanie.

2.2. Z tego powodu należy uznać, że przedstawiona przez Przystępującego gwarancja jest prawidłowa i odpowiada wszystkim wymogom, jakie w odniesieniu do gwarancji ubezpieczeniowej wynikają z art. 45 ust. 6 i 45 ust. 4a i 5 Pzp. W szczególności chybiony jest zarzut, jakoby jej wystawca nie zobowiązał się do zapłaty wadium w przypadku nieprzedstawienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp lub oświadczenia o braku przynależności do takiej grupy, co Odwołujący błędnie wywodzi wyłącznie z faktu, że w treści gwarancji znajduje się blankietowe odesłanie do przepisów Pzp, zamiast słownego opisu wystąpienia tej okoliczności. Pogląd ten jest całkowicie nieuzasadniony, bowiem wystawca gwarancji może określić swoje zobowiązanie w dowolny sposób, byleby jego treść nie budziła wątpliwości. W praktyce utarł się również zwyczaj jedynie blankietowego odesłania do przepisów Pzp, na którego dopuszczalność wielokrotnie wskazywała w swoim orzecznictwie Izba, wskazując że „brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy P.z.p., dopuszczalne jest odesłanie do konkretnych numerów przepisów ustawy P.z.p., ale również możliwe jest odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, jednakże odesłanie to musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości”². 2.3. Co więcej, gwarancja bankowa, pomimo swojego specyficznego charakteru, jest oświadczeniem woli, i jako takie podlega wykładni w trybie art. 65 § 2 k.c., co wielokrotnie podkreślała Izba, stwierdzając że: „odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli” (wyrok z dnia 10 maja 2011 r., KIO 883/11); „zamawiający jest bowiem uprawniony do wyjaśniania treści gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium w oparciu o ogólne zasady ustawy P.z.p. z uwzględnieniem reguł interpretacyjnych oświadczeń woli wynikających z art. 65 k.c. w celu dokonania wykładni spornej treści gwarancji” (wyrok z dnia 22 kwietnia 2013 r., KIO 765/13; KIO 784/13); „dla ustalenia treści gwarancji ubezpieczeniowej (oświadczenie woli gwaranta) zastosowanie znajduje także kodeks cywilny wskazujący na reguły rządzące wykładnią oświadczeń woli. Przede wszystkim powołać należy art. 65 § 1 k.c.” (wyrok z dnia 9 lutego 2012 r., KIO 150/12). W przypadku jednak omawianej gwarancji, zakres koniecznej interpretacji jest szczególnie ograniczony, bowiem polega jedynie na zdekodowaniu, co kryje się pod pojęciem „zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych”, a zatem zapoznania się z przepisami Pzp. Rozumowanie Odwołującego, jakoby gwarancja nie przewidywała któregoś z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w Pzp, chociaż treść gwarancji wyraźnie się do nich odwołuje, nie znajduje zatem odbicia w treści analizowanej gwarancji

18

Sygn. akt KIO 350/17

jak i przywołanym orzecznictwie KIO. 2.4. Warto też zauważyć, że Odwołujący wyrywkowo cytuje orzeczenia Izby, zaś przywołane wyroki wcale nie potwierdzają forsowanej przez niego tezy. Przykładowo całkowicie nieadekwatny jest wskazany w odwołaniu wyrok z dnia 27 listopada 2014 r., KIO 2369/14, bowiem w rozważanym tam stanie faktycznym wykonawca przedstawił gwarancję, której wystawca zobowiązał się do zapłacenia na pierwsze wezwanie Beneficjenta kwoty nie wyższej niż suma gwarancyjna, m.in. wtedy, gdy (cyt.) „Zobowiązany (Odwołujący), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w obowiązującym (na dzień złożenia ofert) art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych”. Na tej podstawie Izba uznała, że intencją gwaranta było ograniczenie swojej odpowiedzialności wyłącznie do zakresu, jaki wynikał z przepisów obowiązujących w konkretnej dacie (dniu składania ofert), które miały inną treść niż przepisy mające zastosowanie do toczącego się postępowania. Co jednak istotne, tamten stan faktyczny całkowicie nie przystaje do niniejszej sprawy, bowiem w przypadku gwarancji Przystępującego wystawca nie odwołał się do przepisów obowiązujących np. w dacie wystawienia gwarancji czy w innym jasno określonym terminie, a po prostu do „przypadków określonych w Prawie zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. wraz z późniejszymi zmianami”. Warto też dodać, że w tym wyroku Izba wyraźnie stwierdziła, że „gwarancja powinna więc obejmować te same okoliczności, w których zamawiający może zatrzymać

wadium wpłacone w formie pieniężnej, czyli opisane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywiście, mogą być one przywołane w różny sposób, np. poprzez samo odwołanie się do art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych albo ogólnie "okoliczności wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych", potwierdzając tym samym, że nie jest konieczne przepisanie przepisów Pzp o wadium do treści gwarancji, o czym zdaje się być przekonany Odwołujący. 2.5. Również nieaktualne są dwa pozostałe przywołane w tej części odwołania wyroki (KIO 311/15 i KIO 293/16), bowiem odnoszą się one do zupełnie innej sytuacji, gdzie w treści gwarancji odniesiono się do nieaktualnych przesłanek zatrzymania wadium, obowiązujących przed nowelizacją z dnia 18 września 2014 r., podczas gdy postępowanie toczyło się już na zmienionych przepisach. To samo miało miejsce w przypadku przywołanego w odwołaniu postępowaniu na zaprojektowanie, wykonanie i przekazanie do eksploatacji układu wyprowadzania energii elektrycznej - wówczas Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawców P.E. S.A. i Z.R. sp. z o.o., bowiem w przedstawionej przez tych wykonawców gwarancja odwoływała się wyraźnie do przesłanek obowiązujących przed wspomnianą nowelizacją, nie mających już zastosowania do tego przetargu. Powyższe przykłady jasno pokazują, że argumentacja zawarta w odwołaniu w istocie jest całkowicie bezpodstawną, zaś przytaczane przykłady czy z wcześniejszych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, czy z orzecznictwa KIO

19

Sygn. akt KIO 350/17

(wybiórczo zresztą cytowanego), są nieadekwatne i w żadnym wypadku nie potwierdzają stanowiska Odwołującego.

53. Brak sprzeczności gwarancji Przystępującego z wymogami SIWZ

3.1. Nieuzasadnione są również wywoły Odwołującego odnośnie nieprawidłowości gwarancji wystawionej przez I.TU S.A. polegającej na niewskazaniu, że wszelkie spory będą rozstrzygane przez sąd właściwy dla Zamawiającego zgodnie z wymogiem pkt 18.11 SIWZ. Wyjaśnić więc należy, że przytoczony wymóg SIWZ miał na celu możliwie daleko idące zabezpieczenie interesu Zamawiającego, polegające na oddaniu sporów na tle gwarancji wadialnej pod rozstrzygnięcie sądu siedziby Zamawiającego. Co jednak istotne, wymóg ten miał charakter instrukcyjny i w żaden sposób nie mógł skutkować uznaniem gwarancji za nieprawidłową. Bo przede wszystkim w treści pkt 18.11 nie zastrzeżono, że gwarancja niespełniająca wyżej wymienionego wymogu będzie uważana za nieprawidłowe wniesienie wadium. Co więcej, taki wymóg nie znajduje oparcia w dyspozycji art. 45 i art. 46 Pzp, które jednoznacznie określają warunki, jakie spełniać powinna gwarancja ubezpieczeniowa czy bankowa wniesiona na zabezpieczenie wadium. Wśród tych wymogów nie figuruje jednak wymóg zawarcia w gwarancji klauzuli jurysdykcyjnej oddającej spory do sądu Zamawiającego.

3.2. Przywołane przepisy Pzp mają charakter imperatywny i nie mogą być modyfikowane przez Zamawiającego ani w ten sposób, że wymogi odnośnie wadium w treści SIWZ zostaną sformułowane bardziej liberalnie (wówczas zastosowanie znajdą przepisy ustawy, niezależnie od treści SIWZ. 3). Analogicznie zamawiający nie jest uprawniony do formułowania wymogów dalej idących niż dyspozycja art. 45 i 46 Pzp. Przepisy te w istocie mają charakter kompetencyjny, wobec czego nie jest prawidłowa interpretacja, że dopuszczalne jest wyciąganie wobec wykonawców negatywnych konsekwencji w przypadku niedochowania warunków SIWZ nie mających oparcia w przepisach Pzp. Natomiast w przypadku zatem rozbieżności pomiędzy postanowieniami SIWZ a dyspozycją przepisów Pzp, należy przyznać prymat ustawie.

3.3. Potwierdza to ugruntowane orzecznictwo Izby, zgodnie z którym postanowienia specyfikacji dotyczące treści gwarancji są przytoczeniem przepisów Pzp i mają walor informacyjny, a „część informacyjna [specyfikacji - przyp. JR], nawet jeśli zostaje błędnie przytoczona, nie wywołuje skutków wbrew brzmieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, np. zamawiający nie rozszerzy lub zawęzi przesłanek wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty czy zatrzymania wadium”⁴. W wyroku z dnia 15 kwietnia 2014 r., KIO Izba słusznie wskazała, że „elementy gwarancji, takie jak określenie właściwości sądu w razie ewentualnych sporów na jej tle, a także zasady występowania przez Zamawiającego w celu realizacji uprawnień z gwarancji za pośrednictwem banku Zamawiającego, należy, w świetle wymagań stawianych w treści SIWZ, traktować jako instrukcyjne, nie skutkujące jednak

20

nieważnością samej gwarancji. Dostrzeżenia wymaga, że w treści postanowień SIWZ, w których Zamawiający wyartykułował wymagania, by gwarancja obejmowała wskazane elementy mówi się o nich niejako o wymaganiach o charakterze bezwzględny, ale jako zaleceniach, i to zaleceniach organizacyjnych. Oznacza to zatem tyle, że w analizowanym wypadku Zamawiający w treści SIWZ rozróżnił elementy gwarancji wymagane dla jej ważności - w ślad za brzmieniem przepisów ustawy - oraz elementy pożądane (zalecenia organizacyjne), które wprowadzić nie decydują o ważności wadium, ale są pożądane dla optymalizacji dochodzenia ewentualnych roszczeń". Z analogiczną sytuacją mamy zaś do czynienia w niniejszej sprawie.

3.4. Powyższemu nie przeczą temu w żaden sposób również wyroki przywołane przez Odwołującego, które dotyczyły zupełnie innych stanów faktycznych. W wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r., KIO 1922/13; KIO 1949/13, gwarancje zostały uznane za nieprawidłowe, bowiem terminy ich obowiązywania nie pokrywały się z wymaganym terminem związania ofertą, a z kolei wyrok dnia 25 czerwca 2015 r., KIO 1222/15, dotyczył zawężającej redakcji przesłanek wypłacenia wadium w stosunku do wskazanych w treści SIWZ (postanowienia SIWZ były zaś powtórzeniem art. 46 ust. 4a i 5 Pzp).

3.5. Podsumowując, wykazując należyłą staranność w zabezpieczeniu własnego interesu Zamawiający sformułował w SIWZ instrukcje odnośnie pożądanej treści gwarancji w sposób dalej idący niż przewidziany w przepisach Pzp (nie przesądzając przy tym, że niedotrzymanie tych warunków automatycznie będzie wiązało się z uznaniem gwarancji za nieprawidłową). Co jednak istotne, skoro gwarancja wystawiona przez I. TU S.A. była zgodna ze wszystkimi wymogami przewidzianymi przez art. 45 i 46 Pzp, to w tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione.

4. Bezasadność zarzutu dotyczącego niewskazania wszystkich konsorcjantów w treści gwarancji Przystępującego 4.1. Nie zasługują również na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego, jakoby przedstawione przez Przystępującego gwarancje bankowe nie były prawidłowe z tej przyczyny, że zabezpieczały jedynie niewykonanie zobowiązań przez spółkę U.P., a pomijały zaniechania ze strony drugiego konsorcjanta, tj. K.P.. Wyjaśnić zatem należy, co zresztą wynika zresztą wprost z treści gwarancji, że U.P. ubiegając się o gwarancję działał w imieniu konsorcjum obu wykonawców i uzyskał gwarancję zabezpieczającą wypłatę wadium należnego od tych wykonawców (a nie wyłącznie przez jednego z nich) w związku ze złożeniem przez nich oferty w jednoznacznie określonym w treści gwarancji Postępowaniu.

4.2. Należy zatem podkreślić, że w Zamawiający nie miał do czynienia z gwarancjami odnoszącymi się do działań bądź zaniechań wyłącznie jednego z konsorcjantów, co stara się błędnie wywieść Odwołujący, przywołując zresztą orzecznictwo odnoszące się wyłącznie do takiej sytuacji. W treści przedstawionych gwarancji jednoznacznie bowiem zawarto

oznaczenie podmiotów, które są zobowiązane do wniesienia wadium, jak i oznaczenie postępowania, w którym wadium ma być złożone. Co więcej, nawet gdyby w treści gwarancji nie figurował drugi konsorcjant, podczas gdy byłoby jasne, którego postępowania gwarancja dotyczy, to wówczas należałoby uznać, że wadium zostało wniesione prawidłowo. Nawet bowiem w takim - hipotetycznym - scenariuszu, biorąc pod uwagę okoliczności towarzyszące złożeniu przez Przystępującego oferty, a także dominującą linię orzeczniczą Izby i sądów okręgowych, nie sposób byłoby dowieść, że wadium zabezpiecza jedynie działania U.P. S.A.

4.3. Jednakże rozważanie tej kwestii dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu jest bezprzedmiotowe, bowiem obie z gwarancji złożonych przez Przystępującego nie odwołują się wyłącznie działań i zaniechań do jednego z wykonawców z pominięciem pozostałych, a jedynie są wystawione na zlecenie jednego z konsorcjantów. Dopuszczalność takiego rozwiązania potwierdza zresztą sam Odwołujący wskazując, że „istnieje możliwość wystawienia gwarancji na wniosek jednego podmiotu, z którego treści będzie wynikało zabezpieczenie zobowiązań wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. całego Konsorcjum, które jest w takim przypadku definiowane jako Dłużnik bądź Zobowiązany", jednocześnie celowo ignorując przy tym fakt, że właśnie z

taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie - gwarancje ubezpieczeniowe zostały wystawione na wniosek U.P. S.A (jako pełnomocnika konsorcjum), lecz już z ich treści wynika zabezpieczenie zobowiązań wszystkich Konsorcjantów względem Zamawiającego związku z przepadkiem wadium.

4.4. Mając na względzie poczynione wyżej spostrzeżenia, należy zauważyć, że przywołane w treści odwołania wyroki Izby, mające potwierdzać zasadność stawianych w nim zarzutów, zostały wydane w zgoła odmiennych stanach faktycznych. Przykładowo, wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r. KIO 1251/15, odnosi się co prawda do sytuacji, w której gwarancja wadialna (bankowa) została Wystawiona na rzecz spółki będącej liderem konsorcjum, jednak - co umknęło uwadze Odwołującego - z treści tej gwarancji w ogóle nie wynikało, czy spółka ta działa w imieniu własnym czy w imieniu konsorcjum (co szczególnie istotne, w treści gwarancji nie zamieszczono jakiegokolwiek „wzmianki” o fakcie utworzenia konsorcjum). Mimo wady, którą była dotknięta gwarancja, Sąd Okręgowy w W., w wyniku rozpoznania wniesionych skarg na to orzeczenie Izby, w tym skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w wyroku z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15) zakwestionował ten wyrok i jednocześnie przesądził, że gwarancja ta obejmowała działania i zaniechania wszystkich konsorcjantów, a w konsekwencji, w sposób prawidłowy i skutecznie zabezpieczała interes Zamawiającego. Nawet gdyby w niniejszej sprawie z treści gwarancji ubezpieczeniowych w ogóle nie wynikało, czy spółka U.P. S.A. działa w imieniu własnym, czy w imieniu wszystkich konsorcjantów, to jednak warto zauważyć, że Odwołujący

22

Sygn. akt KIO 350/17

kolejny raz wybiórczo przywołuje tezy z orzecznictwa nieadekwatne do niniejszej sprawy, a na dodatek czyni to wybiórczo, pomijając jednocześnie dominującą linię orzeczniczą Izby i sądów okręgowych, co w żaden sposób nie może uzasadniać stawianych w odwołaniu zarzutów.

4.5. W świetle orzecznictwa KIO wystarczające jest bowiem przywołanie w treści gwarancji tylko jednego z członków konsorcjum. Zdaniem Izby skoro w myśl art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy, to tym samym obowiązki spoczywające na wykonawcy w przypadku oferty złożonej przez konsorcjum rozciągają się na wszystkich jego członkach⁵. Powyższe potwierdza też wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu, który uznał, iż „nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne”⁶. Z kolei Sąd Okręgowy w Słupsku w wyroku z dnia z dnia 23 lipca 2015 r. wywiódł, że skoro wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie za zaniechania jednego członka konsorcjum, to tym samym nie jest prawidłowe kwestionowanie gwarancji z tego tylko powodu, że w jej treści wszyscy członkowie konsorcjum nie zostali wymienieni.

4.6. Warto również przywołać orzecznictwo Sądu Najwyższego, w tym m.in. uchwałę podjętą w składzie 7 sędziów mającą moc zasady prawnej z dnia 16 kwietnia 1993 r. (sygn. akt III CZP 16/93), zgodnie z którą „bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. W ocenie Sądu Okręgowego powyżej zdefiniowany charakter gwarancji bankowej również skutkuje tym, iż w sposób należyty zabezpiecza ona interesy zamawiającego na wypadek, gdyby zrealizowały się podstawy zatrzymania wadium. Bank-gwarant nie będzie mógł w szczególności powołać się na fakt, iż winę za niewykonanie obowiązków przez (...) sp. z o.o. ponosi inny uczestnik konsorcjum, a nawet nie będzie miał podstawy do badania prawdziwości oświadczenia zamawiającego. Zważywszy bowiem na charakter wnoszonego wadium wpłata nastąpi automatycznie po

Sygn. akt KIO 350/17

Jeszcze wymaga fakt, że w treści gwarancji prawidłowo została wskazana nazwa postępowania o udzielenie zamówienia, do którego przystępuje (...) sp. z o.o."8. O tym, że omyłkowe określenie członków konsorcjum w treści gwarancji zabezpieczającej-wniesienie przez nich wadium nie ma znaczenia, jeżeli z całokształtu gwarancji i oferty możliwe jest jednoznaczne ustalenie kręgu tych podmiotów, wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r., KIO/UZP 1330/10, wskazując, że „pomimo konsekwentnego użycia nieprawidłowej nazwy podmiotu prowadzącego działalność w formie spółki cywilnej zarówno w formularzu ofertowym jak i w dokumencie wadium, Zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy z postępowania pod zarzutem nie wniesienia wadium, ponieważ brak przeszkód do ustalenia nazwisk i imion oraz adresu osób składających ofertę i wadium”. Tym samym należy raz jeszcze podkreślić, że gwarancje ubezpieczeniowe, którymi posługuje się Przystępujący w sposób pełny i prawidłowy, w tym zgodnie z przepisami Pzp oraz postanowieniami SIWZ (pkt 18.11 SIWZ), a co za tym idzie wadium zostało wniesione przez i w imieniu wszystkich Konsorcjantów. W związku z powyższym zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Postępowanie zamawiający prowadzi o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem a przedmiotem jego jest zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu doprowadzenia wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. - O.E.J.I. w J..

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym w trybie negocjacji z ogłoszeniem zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a także zostało zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej. Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego (zwane dalej „Ogłoszeniem”), zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 02.05.2015r.

Zamawiający zaprosił do składania ofert wraz z przedmiotową Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia tych Wykonawców, których oferty wstępne nie zostały odrzucone i którzy uczestniczyli w negocjacjach w tym oferty odwołującego i przystępującego w sprawie. Wykonawcy złożyli Oferty na podstawie obowiązującej SIWZ w terminie wyznaczonym w SIWZ zgodnie z formularzem „Oferta” według wzoru stanowiącego załącznik do Części A

24

Sygn. akt KIO 350/17

SIWZ. Przy czym zamawiający nie opracował wzoru gwarancji wadium czy też ubezpieczeniowej. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu wyznaczony został przez Zamawiającego na dzień 22.12.2016r. W dniu 13.02.2017r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego to jest przystępującego w sprawie. Przed upływem terminu składania ofert Wykonawca zobowiązany był do wniesienia wadium na warunkach w punkcie 18 Części A SIWZ. Wadium musi być złożone u Zamawiającego w sposób podany w punkcie 18.3. i punkcie 18.4. Części A SIWZ. Wykonawca, który nie wnieśli wadium zostanie przez Zamawiającego wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Ustawy.

Zamawiający w przedmiocie wadium zawarł następujące postanowienia SIWZ 18. WADIUM 18.1. Wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium w wysokości 1.000.000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych) przed upływem terminu składania Ofert. Wykonawca, który nie wnieśli wadium przed upływem terminu składania Ofert (w tym również na przedłużony okres związania Ofertą) zostanie przez Zamawiającego wykluczony

z postępowania na podst. art. 24 ust 2 pkt. 2 Ustawy.

18.2. Wykonawca może wnieść Wadium w jednej lub kilku formach określonych w art. 45 ust. 6 Ustawy: 18.2.1.w pieniądzu,18.2.2.w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym i 8.2.3. w gwarancjach bankowych, 18.2.4.w gwarancjach ubezpieczeniowych,18.2.5.w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt.2 Ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. 18.3.Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym. 18.3.1.Wadium wnoszone w pieniądzu Wykonawca wpłaca przelewem na konto: nr konta: 81 1140 1078 0000 2169 3800 3001 z adnotacją: „Wadium - Ukt. Dop. Wody JAW910”, a potwierdzenie przelewu bankowego powinno być dołączone do Oferty w oddzielnej kopercie z adnotacją jak wyżej.18.3.2.Wadium wniesione w pieniądzu musi znaleźć się na rachunku bankowym Zamawiającego najpóźniej z upływem terminu składania Ofert określonego w punkcie 14.1. Części A SIWZ. Za termin wniesienia Wadium w pieniądzu przyjmuje się datę uznania rachunku bankowego Zamawiającego.18.3.3.Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający zwraca wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę (art. 46 ust. 4 Ustawy).18.3.4. W przypadku wniesienia Wadium w pieniądzu, Wykonawca może wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty Wadium na poczet Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy (art. 148 ust. 4 Ustawy). 18.4. Wadium w

25

Sygn. akt KIO 350/17

formie niepieniężnej:18.4.1. oryginał dokumentu wystawiony na rzecz Zamawiającego należy złożyć w Biurze Obsługi Finansowej, w siedzibie Zamawiającego (43-603 J., ul. Promienna 51), budynek B, pokój nr 111, w dni robocze (poniedziałek - piątek) w godzinach od 8:00 do 11:00 za potwierdzeniem odbioru.18.4. Dowód wniesienia Wadium powinien być dołączony do Oferty w oddzielnej kopercie z adnotacją:„ Wadium - Uki. Dop. Wody JAW 910"

W zależności od formy wnoszonego przez Wykonawcę Wadium, dowodem tym może być: fotokopia poręczenia bankowego lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, fotokopia gwarancji bankowej, fotokopia gwarancji ubezpieczeniowej, fotokopia poręczenia podmiotów określonych w punkcie 18.2.5. Części A SIWZ - ostatnia pozycja.18.4. Jeżeli Wykonawca wnieśli Wadium w formie niepieniężnej, o której mowa w punktach 18.2.2. do 18.2.5. Części A SIWZ, powinno ono zawierać zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty Wadium na pierwsze pisemne żądanie (bez konieczności akceptacji roszczeń Zamawiającego przez Wykonawcę) stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Ustawy.18.4.4Dokumenty, o których mowa w punktach 18.2.2. do 18.2.5. Części A SIWZ, powinny być sporządzone i będą interpretowane zgodnie z prawem obowiązującym w Polsce. Wszelkie spory związane z przedmiotowymi dokumentami będą rozstrzygane przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Zamawiającego.18.5.Zamawiający zwraca Wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze Oferty Najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego Oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem zapisów punktu 18.9. Części A SIWZ (art. 46 ust.1 Ustawy).

18.6. Wykonawcy, którego Oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający zwraca Wadium niezwłocznie po zawarciu Umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz po wniesieniu Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy.18.7. Zamawiający zwraca niezwłocznie Wadium na wniosek Wykonawcy, który wycofał Ofertę przed upływem terminu składania Ofert (art. 46 ust.2 Ustawy).

18.8. Zamawiający żąda ponownego wniesienia Wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono Wadium na podstawie art. 46 ust. 1 Ustawy (punkt 18.5. niniejszej Części A SIWZ), jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego Oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi ponownie Wadium w terminie określonym przez Zamawiającego (art.46 ust.3 Ustawy).18.9.Zgodnie z art. 46 ust. 4a Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy z

Sygn. akt KIO 350/17

mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

18.10. Zamawiający zatrzymuje Wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego Oferta została wybrana: 18.10.1. odmówił podpisania Umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie, 18.10.2. nie wniósł wymaganego Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy, 18.10.3. podpisanie Umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. 18.11. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. jako Konsorcjum), Wadium w wysokości jak podano w punkcie 18.1. Części A SIWZ może być wniesione w pełnej wysokości przez dowolnego Wykonawcę ubiegającego się wspólnie o udzielenie zamówienia, bądź może być wniesione w częściach przez dowolną liczbę Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale zawsze powinno wskazywać, że jest wniesione w imieniu ich wszystkich oraz musi być wniesione na łączną kwotę jak podano w punkcie 18.1. Części A SIWZ.

GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA zapłaty wadium nr PO/00742013/2016 z dnia 21 grudnia 2016 r. (dalej Gwarancja) BENEFICJENT: T.W. Spółka Akcyjna (...) J. Gwarant: G.T.U. S.A. z siedzibą w W., (...) działająca na podstawie Zezwolenia Ministra Finansów; zarejestrowana w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, Nr KRS 10623, NIP: 526-23-49-108, REGON: 016029008, z kapitałem zakładowym 191.000.000 zł opłaconym w pełni, Spółka należąca do Grupy G., figurującej w Rejestrze Grup Ubezpieczeniowych prowadzonym przez ISVAP pod numerem 26. Dłużnik: „U.P.” S.A. (Wykonawca): z siedzibą: (...) K., (...), zarejestrowana w Sądzie Rejonowym K. - Wschód w K., VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000316615; NIP 9542650259 działająca w imieniu Konsorcjum spółek w składzie: 1) „U.P.” S.A. z siedzibą: (...) K., (...) - Lider Konsorcjum 2) Z.W.K. H.K. z siedzibą (...) M.M. - Uczestnik Konsorcjum §1- Na podstawie niniejszej Gwarancji Gwarant zapłaci nieodwołalnie i bezwarunkowo na rzecz Beneficjenta kwotę 500.000,00 PLN (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) - Suma gwarancyjna - odpowiadającą 50% (słownie: pięćdziesiąt procent) wysokości wadium, którego wartość wynosi: 1.000.000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych 00/100) zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w postępowaniu nr 2015/TW-EÓ1/TW-E01/00420/L na „Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu

27

Sygn. akt KIO 350/17

doprowadzenia wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. - Oddział Elektrownia J. III w J.". §2 1. Suma gwarancyjna wskazana w § 1, stanowi górną granicę odpowiedzialności Gwaranta. 2. Każda wypłata z Gwarancji odpowiednio zmniejsza Sumę gwarancyjną. §3 Gwarancja jest ważna w okresie od dnia 22.12.2016 r. do dnia 20.02.2017 r. i wygasa automatycznie w przypadku wystąpienia jakiegokolwiek z poniższych zdarzeń: 1) Oryginał Gwarancji zostanie zwrócony przed upływem jej ważności, 2) Beneficjent zwolni Wykonawcę lub Gwaranta ze zobowiązań zabezpieczonych Gwarancją, 3) Suma gwarancyjna zostanie wyczerpana, 4) Wykonawca wycofa ofertę przed upływem terminu do składania ofert, 5) Wykonawca zawrze umowę o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy Gwarancja i wnieśnie wymagane zabezpieczenie należytego wykonania umowy o udzielenie zamówienia. §4 Podstawą do wystąpienia z roszczeniem o wypłatę jest wyłącznie oryginał Gwarancji. §5 1. Gwarant zapłaci każdą kwotę do wysokości Sumy gwarancyjnej na pierwsze

pisemne wezwanie do zapłaty, przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności Gwarancji, określonym w § 3, w terminie 14 dni od dnia złożenia tego wezwania lub w terminie określonym w SIWZ i wskazanym w wezwaniu do zapłaty, jeżeli taki termin został określony w SIWZ. Pisemne wezwanie do zapłaty musi być doręczone na adres siedziby G. T.U. SA w W., przy (...).2.Wezwanie do zapłaty z Gwarancji winno zawierać oświadczenie, iż:1)Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub 2)Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub 4)Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 poz. 907, z późn. zm.) (dalej Ustawa), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.3.Wezwanie do zapłaty powinno być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta.§61.Gwarancja została sporządzona w jednym egzemplarzu.2. Niniejszy oryginał Gwarancji podlega zwrotowi do Gwaranta niezwłocznie po jej wygaśnięciu.3.Nie zwrócenie oryginału Gwarancji nie wpływa na utratę jej ważności w terminie określonym w § 3.§7Wierzytelność z Gwarancji nie może być przeniesiona.§8 Wszelkie spory powstałe na tle realizacji Gwarancji rozstrzygane będą

28

Sygn. akt KIO 350/17

przez sąd właściwy dla siedziby Beneficjenta. §9 W zakresie nieuregulowanym w Gwarancji zastosowanie mają przepisy prawa polskiego.

Inter Risk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A, V.I.G.

UBEZPIECZENIOWA GWARANCJA ZAPŁATY WADIUM Nr 02GG35/0128/16/0009 Dla:

T.W. SPÓŁKA AKCYJNA (...) J. zwanego dalej "Beneficjentem gwarancji" z tytułu wadium w przetargu na: Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu doprowadzenia wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. - O.E.J.I. w J. - Numer referencyjny zamówienia: 2015/TW-E01/TW-E01/00420/L 1. I.T.U. Spółka Akcyjna V.I.G., z siedzibą w W., (...), zarejestrowane w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000054136 wysokość kapitału zakładowego 137.640.100,00 zł w całości wpłaconego, NIP 526-00-38-806, reprezentowane na podstawie pełnomocnictwa nr BZA/169/01/10/2014 z dnia 01.10.2014r. przez: H.R. - Specjalista ds. Ubezpieczeń Finansowych zwanym dalej „I. TU S.A. V.I.G.”, działając na wniosek U.P. SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w (...) K., przy (...)..... U.P. SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w (...) K., przy (...) - reprezentującą konsorcjum w skład którego wchodzi:

U.P. LIDER KONSORCJUM Z.W. „K.P. H.K. z Siedzibą w (...) M.M., przy (...) - PARTNER KONSORCJUM (zwanego dalej „Zobowiązany”) niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie zapłatę kwoty 500.000,00 złotych (słownie złotych: pięćset tysięcy 00/100) z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami. 2.Kwota gwarancji stanowi górną granicę odpowiedzialności I. TU S.A. V.I.G., a każda

wypłata z tytułu gwarancji obniża odpowiedzialność I. TU S.A. V.I.G. o wysokość wypłaconej kwoty.3.Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie od 22.12.2016r. do 20.02.2017r., (zwanym dalej "okresem ważności gwarancji"). Przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium. 4.Zapłata przez I. TU S.A. V.I.G. kwoty, o której mowa w ust. 1, nastąpi w terminie do 30 dni od dnia doręczenia do I. TU S.A. V.I.G. przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota

roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami.

29

Sygn. akt KIO 350/17

5.Żądanie zapłaty powinno:1)być podpisane przez Beneficjenta gwarancji lub osoby przez niego umocowane, ze wskazaniem podstawy umocowania,2)być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji,3) być doręczone do I. TU S.A. V.I.G. najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności,4)zawierać oznaczenie rachunku bankowego, na który ma nastąpić wypłata z gwarancji,5) wskazywać przypadek określony w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami, którego zaistnienie stanowiło przyczynę zatrzymania wadium.6.Gwarancja wygasa po upływie okresu jej ważności, a także w następujących przypadkach:1)z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej ważności,2)przez zwolnienie I. TU S.A. V.I.G. przez Beneficjenta gwarancji z zobowiązania wynikającego z gwarancji,3)po wypłacie przez I. TU S.A. V.I.G. pełnej kwoty gwarancji.7.Prawa z niniejszej gwarancji nie mogą być przedmiotem przelewu bez uprzedniej pisemnej zgody I. TU S.A. V.I.G., pod rygorem nieważności.8.Niniejsza gwarancja podlega zwrotowi do I. TU S.A. V.I.G. niezwłocznie po jej wygaśnięciu.9. Spory mogące wynikać z niniejszej gwarancji podlegają rozpoznaniu przez sąd właściwy dla siedziby I. TU S.A. V.I.G.. K. dnia 21.12.2016r.

M., dnia 22 grudnia 2016 roku T.W. S.A. (...) J. Dotyczy: zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu doprowadzenie wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. -O.E.J.I. w J.” [nr zamówienia: 2915/TW-E01/00420/L]. Wykonawca: konsorcjum składające się z następujących podmiotów:- H.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.W.K. H.K. z siedzibą w M.; - „U.P.” S.A. z siedzibą w K.. Oświadczenie w przedmiocie zmiany Lidera Konsorcjum Niniejszym, działając w imieniu konsorcjum składającego się z następujących podmiotów: H.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.W.K. H.K. z siedzibą w M. oraz „U.P.” S.A. z siedzibą w K. oświadczamy, iż na mocy porozumienia nr 1 z dnia 15 grudnia 2016 r. do umowy konsorcjum z dnia 23 lutego 2016 r. dokonana została zmiana lidera konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu doprowadzenie wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. - O.E.J.I. w J.” [nr zamówienia: 2015/TW-E01/00420/L]. W związku z wyżej wspomnianą zmianą liderem konsorcjum została ustanowiona spółka „U.P.” S.A. z siedzibą w K..

30

Sygn. akt KIO 350/17

Jednocześnie oświadczam, iż wszelkie zasady reprezentacji wyżej wskazanego konsorcjum nie uległy zmianie.

Z.W.K. H.K.,

(...) (...) M.ZRZ/RZZ/W/713/2017J., 14-02-2017 r.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu doprowadzenia wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. -O.E.J.I. w J.”. Nr referencyjny: 2015/TW-E01/TW-E01/00420/L WNIOSEK O PRZEDŁUŻENIE TERMINU ZWIĄZANIA OFERTĄ T.W. S.A. z siedzibą w J., na podstawie art. 85 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych, zwraca się do Państwa z Wnioskiem o przedłużenie

terminu związania ofertą złożoną w przedmiotowym Postępowaniu o 60 dni, tj. do dnia 20 kwietnia 2017 r. Pismo zawierające zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy prosimy przesłać w nieprzekraczalnym terminie do dnia 17 lutego 2017 r. do godz. 14:00 (w formie pisemnej) na adres: T.W. S.A. (...)

J. oraz drogą elektroniczną w terminie do dnia 17 lutego 2017 r. do godz. 14:00 na adres poczty elektronicznej: (...) Jednocześnie informujemy, że zgodnie z art. 85 ust. 4 Ustawy - przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postanowienia SIWZ przewidują obowiązek wniesienia wadium, pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Jeżeli chodzi o formy wniesienia wadium przewidziano sposoby zgodne z regulacją ustawy Pzp. z dopuszczeniem w związku z tym zarówno gwarancji ubezpieczeniowej jak i bankowej. Szczegółowe regulacje SIWZ a odnoszące się do treści zaistniałego sporu znalazły się w pkt 18.4.SIWZ przybierając następującą treść "Jeżeli Wykonawca wniesie Wadium w formie niepieniężnej, o której mowa w punktach 18.2.2. do 18.2.5. Części A SIWZ, powinno ono zawierać zobowiązanie instytucji gwarantującej do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty Zamawiającemu kwoty Wadium na pierwsze pisemne żądanie (bez konieczności akceptacji roszczeń Zamawiającego przez Wykonawcę) stwierdzające, że występuje jedna lub więcej

31

Sygn. akt KIO 350/17

okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 Ustawy.18.4.4Dokumenty, o których mowa w punktach 18.2.2. do 18.2.5. Części A SIWZ, powinny być sporządzone i będą interpretowane zgodnie z prawem obowiązującym w Polsce. Wszelkie spory związane z przedmiotowymi dokumentami będą rozstrzygane przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Zamawiającego.

Zamawiający w SIWZ również opisał przypadki, w których będzie uprawniony do zatrzymania wadium. Uczynił to w następujący sposób.

„18.9.Zgodnie z art. 46 ust. 4a Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

18.10. Zamawiający zatrzymuje Wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego Oferta została wybrana:18.10.1.odmówił podpisania Umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie,18.10.2.nie wniósł wymaganego Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy,18.10.3.podpisanie Umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.18.11.W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. jako Konsorcjum), Wadium w wysokości jak podano w punkcie 18.1. Części A SIWZ może być wniesione w pełnej wysokości przez dowolnego Wykonawcę ubiegającego się wspólnie o udzielenie zamówienia, bądź może być wniesione w częściach przez dowolną liczbę Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale zawsze powinno wskazywać, że jest wniesione w imieniu ich wszystkich oraz musi być wniesione na łączną kwotę jak podano w punkcie 18.1. Części A SIWZ.

W związku z taką treścią postanowień SIWZ wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego złożył wadium w dwóch częściach udzielonych przez różnych ubezpieczycieli. Jak powyżej przywołane postanowienia SIWZ stanowią kwota wadium

wynosiła 1 mln złotych. W przypadku składania oferty przez konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) jak miało to miejsce w przypadku wykonawcy wybranego, istniała możliwość jego wniesienia przez kilku wykonawców składających ofertę wspólną. W zaistniałej sytuacji wykonawca wybrany złożył wadium w

32

Sygn. akt KIO 350/17

dwóch częściach przez różnych gwarantów. Treści tychże gwarancji w zakresie kwestionowanym przez odwołującego zawierają następujące postanowienia. Dodatkowo jeszcze należy nadmienić, że w myśl SIWZ w przypadku wnoszenia wadium przez kilku wykonawców wnoszących ofertę wspólną powinno znaleźć się w gwarancji zastrzeżenie, że wadium wnoszone jest na rzecz wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie.

Co do gwarancji wystawionej przez G.T.U. S.A. z siedzibą w W. w zakresie wymaganych, niezbędnych postanowień dla ważności, wymagalności gwarancji z uwzględnieniem postanowień SIWZ zawarto następujące postanowienia:
GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA zapłaty wadium nr PO/00742013/2016 z dnia 21 grudnia 2016 r. (dalej Gwarancja) BENEFICJENT: T.W. Spółka Akcyjna (...) J.; GWARANT: G.T.U. S.A. z siedzibą w W., (...) działająca (...) zarejestrowana w Sądzie Rejonowym (...), Nr KRS (...), REGON: 016029008, , Dłużnik: „U.P.” S.A.(Wykonawca): z siedzibą: (...) K., (...), zarejestrowana w Sądzie (...), pod numerem KRS (...) działająca w imieniu Konsorcjum spółek w składzie: 1) „U.P.” S.A. z siedzibą: (...) K., (...) - Lider Konsorcjum 2) Z.W.K. H.K. z siedzibą (...) M.M. - Uczestnik Konsorcjum §1- Na podstawie niniejszej Gwarancji Gwarant zapłaci nieodwołalnie i bezwarunkowo na rzecz Beneficjenta kwotę 500.000,00 PLN {słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100} - Suma gwarancyjna - odpowiadającą 50% (słownie: pięćdziesiąt procent) wysokości wadium, którego wartość wynosi: 1.000.000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych 00/100) w postępowaniu nr 2015/TW-EÓ1/TW-E01/00420/L na „Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu doprowadzenia wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. - O.E.J.I. w J.”. §4 Podstawą do wystąpienia z roszczeniem o wypłatę jest wyłącznie oryginał Gwarancji. §5 1. Gwarant zapłaci każdą kwotę do wysokości Sumy gwarancyjnej na pierwsze pisemne wezwanie do zapłaty, przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności Gwarancji, określonym w § 3, w terminie 14 dni od dnia złożenia tego wezwania lub w terminie określonym w SIWZ i wskazanym w wezwaniu do zapłaty, jeżeli taki termin został określony w SIWZ. Pisemne wezwanie do zapłaty musi być doręczone na adres siedziby G. T.U. SA w W., przy (...). 2. Wezwanie do zapłaty z Gwarancji winno zawierać oświadczenie, iż: 1) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub 2) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub 4) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 poz. 907, z

33

Sygn. akt KIO 350/17

pożn. zm.) (dalej Ustawa), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. 3. Wezwanie do zapłaty powinno być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta. §61. przeniesiona. §8 Wszelkie spory powstałe na tle realizacji Gwarancji rozstrzygane będą przez sąd właściwy dla siedziby Beneficjenta. §9 W zakresie nieuregulowanym w Gwarancji zastosowanie mają przepisy prawa polskiego. podpisy

reprezentantów

Przedmiotowa gwarancja jak wyżej ją przywołano w pełnej treści w uzasadnieniu w ustaleniach zawiera znacznie więcej postanowień niż wymagają tego przepisy bezwzględnie obowiązujące w zakresie wymaganej treści gwarancji. Niemniej postanowienia cytowane bezpośrednio powyżej zawierają niezbędne ale jednocześnie wystarczające elementy do jej realizacji. Jak powyżej przedstawiono tymi elementami są nazwa gwaranta, nazwa beneficjenta, nazwa dłużnika oraz formułę nieodwołanie i bezwarunkowo na pierwsze wezwanie. Te ostatnie zwroty stanowią kwintesencję zapłaty gwarantowanej kwoty to jest bez żadnych warunków, które się spełnią lub nie spełnią. Czyli w tym zakresie wypełnia się jej bezwarunkowość. Również jak zresztą SIWZ wskazuje takim niezbędnym elementem jest jej nieodwołalność. To oznacza, że jeżeli zobowiązuje się do zapłaty na rzecz określonego beneficjenta to oznacza, że tego zobowiązania nie mogą odwołać. W ocenie Izby dalsze uwarunkowania nie mają wpływu na ważność i egzekwowalność gwarancji wadium bo w przeciwnym wypadku inne wymagania odnosiłyby się do wadium pieniężnego a inne do wadium a różnią się one tylko co do formy a nie treści. Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania odnoszącego się do gwarancji G., bo świadczyło by to, że wadium pieniężne ma inne uwarunkowania niż wadium niepieniężne. Natomiast zamieszczone postanowienia, które nie mają charakteru bezwzględnie wymaganego, stanowią jej uzupełnienie jako nie mające wpływu na jej ważność.

Z kolei odnosząc do gwarancji wadium wystawionej przez Inter Risk to do jej ważności niezbędne są następujące jej postanowienia:

Inter Risk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A, V.I.G.

UBEZPIECZENIOWA GWARANCJA ZAPŁATY WADIUM Nr 02GG35/0128/16/0009 Dla:

T.W. SPÓŁKA AKCYJNA (...) J. zwanego dalej "Beneficjentem gwarancji" z tytułu wadium w przetargu na: Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji układu

34

Sygn. akt KIO 350/17

doprowadzenia wody dla potrzeb realizacji projektu budowy nowych mocy w technologiach węglowych w T.W. S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w T.W. S.A. - O.E.J.I. w J. - Numer referencyjny zamówienia: 2015/TW-E01/TW-E01/00420/L 1. I.T.U. Spółka Akcyjna V.I.G., z siedzibą w W., (...), zarejestrowane pod numerem KRS 0000054136 wysokość kapitału zakładowego 137.640.100,00 zł w całości wpłaconego, NIP 526-00-38-806, reprezentowane na podstawie pełnomocnictwa nr BZA/169/01/10/2014 z dnia 01.10.2014r. przez: H.R. - Specjalista ds. Ubezpieczeń Finansowych zwanym dalej „I. TU S.A. V.I.G.”, działając na wniosek U.P. SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w (...) K., przy (...) - reprezentującą konsorcjum w skład którego wchodzi: U.P. LIDER KONSORCJUM ZW. „K.P. H.K. z Siedzibą w (...) M.M., przy (...) - PARTNER KONSORCJUM (zwanego dalej „Zobowiązanym”) niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie zapłatę kwoty 500.000,00 złotych (słownie złotych: pięćset tysięcy 00/100) z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami.

2.Kwota gwarancji stanowi górną granicę odpowiedzialności I. TU S.A. V.I.G., a każda wypłata z tytułu gwarancji obniża odpowiedzialność I. TU S.A. V.I.G. o wysokość wypłaconej kwoty.3.Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie od 22.12.2016r. do 20.02.2017r., (zwanym dalej "okresem ważności gwarancji"). Przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium. 4.Zapłata przez I. TU S.A. V.I.G. kwoty, o której mowa w ust. 1, nastąpi w terminie do 30 dni od dnia doręczenia do I. TU S.A. V.I.G. przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami. 5.Żądanie zapłaty powinno:1)być podpisane przez Beneficjenta gwarancji lub osoby przez niego umocowane, ze wskazaniem podstawy umocowania,2)być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji,3) być doręczone do I. TU S.A. V.I.G. najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod

rygorem nieważności,
4)zawierać oznaczenie rachunku bankowego, na który ma nastąpić wypłata z gwarancji,5)
wskazywać przypadek określony w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29
stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami, którego zaistnienie stanowiło przyczynę
zatrzymania wadium.6.Gwarancja wygasa po upływie okresu jej ważności, a także w
następujących przypadkach:1)z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej
ważności,2)przez zwolnienie I. TU S.A. V.I.G. przez Beneficjenta gwarancji z zobowiązania

35

Sygn. akt KIO 350/17

wynikającego z gwarancji,3)po wypłacie przez I. TU S.A. V.I.G. pełnej kwoty
gwarancji.7.Prawa z niniejszej gwarancji nie mogą być przedmiotem przelewu bez uprzedniej
pisemnej zgody I. TU S.A. V.I.G., pod rygorem nieważności.8.Niniejsza gwarancja podlega
zwrotowi do I. TU S.A. V.I.G. niezwłocznie po jej wygaśnięciu.9. Spory mogące wyniknąć z
niniejszej gwarancji podlegają rozpoznaniu przez sąd właściwy dla siedziby I. TU S.A. V.I.G..
K. dnia 21.12.2016r.

Również ta gwarancja zawiera wszystkie niezbędne elementy wymagane do jej ważności to
jest beneficjenta – zamawiający; dłużnika to jest konsorcjum; nieodwołalność i
bezwzględność spełnienia, opis podstawy zamówienia. Natomiast żądanie wskazania
przypadku z ustawy Pzp., który wywołał żądanie wypłaty nie jest wymogiem, który decyduje
o ważności wezwania do realizacji gwarancji wadialnej. Niemniej należy zwrócić uwagę na
zarzut odwołującego sprowadzający się do nie wyliczenia wszystkich okoliczności aktualnych
na maj 2015 roku w gwarancji to nie ma on żadnego znaczenia wobec przywołania ustawy
(wypełnia ją formuła z gwarancji o treści „z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania
wadium określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz
z późniejszymi zmianami.).

Co do zarzutów zgłaszanych przez odwołującego w zakresie nieprawidłowego określenia
Lidera konsorcjum to w imieniu konsorcjum wystąpił i uzyskał gwarancję wadialną
rzeczywiście Lider Konsorcjum na co wskazuje w sytuacji gdzie w gwarancji jest wymienione
konsorcjum to jest każdy z jego członków. Nie ma znaczenia kto występuje o gwarancję
skoro określa się gwaranta, beneficjenta, postępowanie i w końcu również dłużnika to jest
pismo z dnia 26.12.2017 roku skierowane do zamawiającego w zakresie zmiany podmiotu
Lidera Konsorcjum (opisane w części ustalenia – gdzie w miejsce „K.P.” H.K. z siedzibą w
M. wstąpił „U.P.” S.A. z siedzibą w K.). Powyższa zmiana niweczy zarzut podniesiony w
związku z niewłaściwym podmiotem występującym o udzielenie gwarancji to jest podmiotem, który nie jest Liderem
konsorcjum (M., dnia 22 grudnia 2016 roku T.W. S.A. (...) J. na mocy
porozumienia nr 1 z dnia 15 grudnia 2016 r. do umowy konsorcjum z dnia 23 lutego 2016 r.
dokonana została zmiana lidera konsorcjum; liderem konsorcjum została ustanowiona spółka
„U.P.” S.A. z siedzibą w K.).

Reasumując podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.24 ust.2
pkt 2, art.46 ust.4a oraz art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp przez brak wniesienia wadium
należycie wystawionego zarówno przez ubezpieczyciela G. jak i Inter risk na datę składania
oferty przez wykonawcę wybranego nie potwierdziły się. Podsumowując powyżej
przedstawione ustalenia i zważenia należy stwierdzić, że pierwszy zarzut nieprawidłowego
określenia w gwarancji przesłanek stanowiących podstawę do zatrzymania wadium przez
Zamawiającego nie potwierdził się, ponieważ wystawiona gwarancja ma charakter

36

Sygn. akt KIO 350/17

uniwersalny. Powyższe oznacza, że wystawiona gwarancja nie odwołuje się do konkretnych
okoliczności zatrzymania wadium wymienionych wyczerpująco w ustawie Pzp., tylko
przywołuje ogólnie możliwe okoliczności z ustawy Pzp., które powodują zatrzymanie
wadium. Tak więc nie mają żadnego znaczenia przytaczane różnice w treści art.46 ust.4a
ustawy Pzp. przed i po 28 lipca 2016 roku w związku z nowelizacją ustawy. Ponadto za
zamawiającym należy przytoczyć orzecznictwo Sądu Najwyższego, w tym m.in. uchwałę
podjętą w składzie 7 sędziów mającą moc zasady prawnej z dnia 16 kwietnia 1993 r. (sygn.
akt III CZP 16/93), zgodnie z którą „bank nie może przeciwstawić wierzycielowi

(beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. Tak więc okoliczność, że w SIWZ zamawiający wyczerpująco opisał przypadki zatrzymania wadium nie oznacza, że gwarant ma obowiązek wszystkie te okoliczności wymienić w gwarancji wadialnej. Z kolei druga okoliczność wskazana jako wadliwość gwarancji dotyczy niespełnienia wymagania Zamawiającego co do treści zabezpieczenia w zakresie wskazania sądu właściwego do rozstrzygania sporów co do treści dokumentów. Pomimo rozbieżności w zakresie właściwego sądu w kontekście postanowień SIWZ w zestawieniu z treścią gwarancji to rozbieżność ta nie stanowi o braku ważności gwarancji. Bowiem ubezpieczyciel wystawiając gwarancję nie jest stroną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd co do zasady wiąza go reguły prawa bezwzględnie obowiązującego w zakresie wystawiania w tym wypadku gwarancji ubezpieczeniowych. W związku z tym postanowienie SIWZ w zakresie właściwości sądów nie może mieć charakteru wiążącego dla wystawiającego gwarancję ubezpieczeniową. Dlatego też rozbieżność w tym zakresie nie wywołuje skutków co do ważności gwarancji ubezpieczeniowej. Z kolei co do trzeciego zarzutu odnoszącego się do nieprawidłowego określenia podmiotu zobowiązanego, to Izba nie stwierdziła takiej okoliczności w wystawionych gwarancjach zarówno przez G. jak i I.. Izba stwierdza, że podmioty wchodzące w skład konsorcjum zostały wymienione prawidłowo a co obszernie opisano powyżej.

Na marginesie należy wskazać, że wbrew oczekiwanym zamawiającego Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie uznając, że po stronie odwołującego spełnione są przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp. Bowiem na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący miał zabezpieczoną ofertę wadium jak i aktualne oświadczenie o związaniu treścią oferty. Natomiast zamawiający w trybie art.85 ust.2 to jest przed upływem terminu związania ofertą i po wyborze najkorzystniejszej oferty wystąpił tylko do wykonawcy wybranego o oświadczenie co do dalszego związania ofertą mimo, że przepis wskazuje, iż zamawiający zwraca się do wykonawców a nie do wykonawcy. Zamawiający

37

Sygn. akt KIO 350/17

uznał, że odwołujący powinien samodzielnie zadbać o przedłużenie oświadczenia o związaniu ofertą i nie wezwał go jak to uczynił w stosunku do wykonawcy wybranego. W ocenie Izby takie postępowanie zwłaszcza przed upływem terminu na złożenie odwołania stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców w rozumieniu art.7 ust.1 ustawy Pzp. i w związku z tym skoro odwołujący złożył odwołanie to Izba uznała, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia.

Podsumowując Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania a tym samym nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego kwotę 3.600,00 złotych na rzecz zamawiającego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego według rachunku.

Przewodniczący:

38