sygn. akt: **KIO 316/17**

**WYROK**
**z dnia 7 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**
**Członkowie: Piotr Kozłowski**
**Izabela Kuciak**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.P.I. sp. z o.o., B.S. i P.E. E.P.S.A, (...),** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **P.D. S.A, (...),**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E.V.sp. z o.o., E. S.A, (...),** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

1

---

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.P.I. sp. z o.o., B.S. i P.E. E.P.S.A, (...)** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.P.I. sp. z o.o., B.S. i P.E. E.P.S.A, (...),** tytułem wpisu od odwołania,

2

---

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

**Przewodniczący:** ……

**Członkowie:** .....

.....

3

---

sygn. akt: **KIO 316/17**

Uzasadnienie

Zamawiający sektorowy – P.D. S.A., (...),
w imieniu którego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi P.D. S.A. Oddział B., (...) B., którego przedmiotem jest „Opracowanie *dokumentacji formalno- prawne] wraz z uzyskaniem prawomocnej i ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budową [projekt budowlany] oraz dokumentacji technicznej [projekt wykonawczy] dwutorowej linii (...), (...)- Olecko z możliwością wykorzystania istniejącej basy linii jednotorowej (...) zadania".*

W dniu 11 listopada 2016 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu sektorowym – pod numerem (...).

Dnia 9 lutego 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania – w zakresie zadania nr 1.

Dnia 17 lutego 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.P.I. sp. z o.o., B.S. i P.E. E.P.S.A., (...) (dalej „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w zakresie zadania nr 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum E. w zadaniu nr 1 pomimo tego, że tenże wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, tj.:
   - gwarancja ubezpieczeniowa Nr (...) z datą 20.12.2016 r., która została załączona przy ofercie konsorcjum E. jest niezgodna w swej treści z wymaganiami zamawiającego, zawartymi w rozdz. XIII pkt 4 lit. a) oraz lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż z treści tejże gwarancji wadialnej: nie wynika nazwa wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie (czyli konsorcjum: E.V.sp. z o.o. - jako pełnomocnik oraz E. S.A. jako członek konsorcjum), nie wynika obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją, jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, dotyczyć będą „wykonawcy" rozumianego, jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę,
   - gwarancja wadialna, o której mowa powyżej została udzielona wyłącznie na zlecenie E. S.A. (członek konsorcjum), który to podmiot, jako jedyny także został oznaczony w treści tejże gwarancji, jako wykonawca (zobowiązany) pomimo, że E. S.A. nie działał tutaj jako pełnomocnik konsorcjum E. i nie był także umocowany do działania w imieniu i na rzecz drugiego ze współwykonawców, tj. E.V.sp. z o.o.



---

   Tym samym, wadium wniesione przez konsorcjum E. w formie gwarancji wadialnej (ubezpieczeniowej), nie zabezpiecza interesów zamawiającego w przypadku ewentualnego zaistnienia okoliczności zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w części dotyczącej zadania nr 1 w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum E. - jako najkorzystniejszej w części dotyczącej zadania nr 1 niniejszego zamówienia publicznego, sektorowego na usługi w zakresie projektowania,
2) powtórzenie czynności oceny i badania ofert oraz w konsekwencji wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w części niniejszego zamówienia dot. zadania nr 1,
3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż mając na uwadze postanowienia s.i.w.z., dotyczące wymaganej - minimalnej treści gwarancji wadialnej należało stwierdzić, że intencją zamawiającego musiało być to, żeby dokument wadialny pozwolił na identyfikację podmiotową wykonawcy, za którego działania gwarant ma wykonać świadczenie pieniężne na rzecz zamawiającego.

Interpretacja treści s.i.w.z. [rozdz. XIII pkt 4 lit. a) oraz e)], dokonana przez odwołującego, przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych nie pozostawia, w ocenie odwołującego wątpliwości, że zamawiający w sposób kategoryczny i jednoznaczny żądał zawarcia w treści każdej gwarancji wadialnej (bankowej lub ubezpieczeniowej): nazwy dającego zlecenie (wykonawcy) ze wskazaniem jego (ich) siedziby oraz okoliczności zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, które będą dotyczyć „wykonawcy" rozumianego w przypadku konsorcjum, jako wszyscy jego członkowie.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum E. nie kwestionowało w toku postępowania żądania zamawiającego, co do wymaganej - minimalnej treści gwarancji wadialnej i nie skorzystało w tym zakresie ze środków ochrony prawnej pomimo tego, że było do tego uprawnione na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Skoro tak, to na etapie

oceny ofert i badania wykonawców nie można bagatelizować fakt, że s.i.w.z., w tymże postępowaniu zawierała jednoznaczną dyspozycję, aby dokument wadialny identyfikował wykonawcę, a więc konsorcjum. Okoliczność taką Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał zresztą za istotną dla oceny gwarancji wadialnej w skardze na wyrok KIO



o sygn. akt 1251/15, rozpatrzonej przez Sąd Okręgowy w Warszawie, pod sygn. XXIII Ga 1313/15.

Odwołujący podniósł także, że w niniejszym postępowaniu, nie zostały ustanowione przez zamawiającego jakieś inne, odmienne zasad wnoszenia wadium w formie gwarancji wadialnej dla wykonawców samodzielnych (indywidualnych) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W obu tych przypadkach, w gwarancji wadialnej w ślad za wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w treści s.i.w.z. [rozdz. XIII pkt 4 lit. a) oraz e)] winien zostać wskazany oferent czy wykonawca i do tego musiał on zostać wskazany poprawnie. Różnica polegała tylko na tym, że w pierwszym przypadku [czyli ubiegania się o zamówienie przez wykonawcę indywidualnego] powinna być podana nazwa jednego podmiotu, jego siedziba itp., natomiast w drugim przypadku, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musiały być podane nazwy dwóch, lub więcej podmiotów wykonawczych, ich siedziby itp. [np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2640/15].

Zdaniem odwołującego, wraz z wnioskiem o wydanie gwarancji T.U.I.R. nie dysponowało wiedzą, iż E. S.A. nie jest jedynym podmiotem, który w ramach składanej oferty będzie ubiegał się o realizacje zamówienia. Wystąpienie z wnioskiem do gwaranta o udzielenie gwarancji wadialnej zawierające nazwę tylko jednego z konsorcjantów, bez dalszego dookreślenia podmiotów mających brać udział w złożeniu oferty, należy uznać za podanie nieprawdziwych informacji, skutkujące w ostateczności nieprawidłowością tak wystawionej gwarancji. Tym bardziej, że z treści pełnomocnictwa konsorcjalnego, załączonego przy ofercie konsorcjum E. (z dnia 20.12.2016 r.) wynika, że oprócz E.V.sp. z o.o. oraz E. S.A. w skład tegoż konsorcjum wchodzą jeszcze inni konsorcjanci - którzy jednak nie zostali w ogóle dookreśleni: „Niniejsze *pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie E.V.do dokonywania w imieniu E. S.A. i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia następujących czynności* [...].”.

Zdaniem odwołującego, uznać należało, że konsorcjum E. nie sprostało obowiązkowi złożenia prawidłowej gwarancji wadialnej, gdyż:

- po pierwsze, w treści ww. gwarancji wadialnej nie została podana nazwa tego wykonawcy - jak wyraźnie domagał się tego zamawiający, a jedynie wymieniony został jeden członek tego konsorcjum, tj. E. S.A. Mamy tutaj do czynienia z sytuacją, w której ofertę złożyło konsorcjum E., a wadium zostało wystawione tylko na E. S.A. (członka konsorcjum). Tym samym, wadium zostało wniesione przez wykonawcę, który nie złożył oferty, albowiem taki wykonawca, jak: E. S.A. samodzielnie nie występuje w niniejszym postępowaniu.

- po drugie, z przedmiotowej gwarancji wadialnej nie wynika także obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją - jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, dotyczyć będą „Wykonawcy” rozumianego, jako wszyscy członkowie konsorcjum, które



złożyło ofertę, czyli w tym przypadku konsorcjum firm: E.V.sp. z o.o. (pełnomocnik) oraz E. S.A. (członek konsorcjum). Zapłata przez gwaranta kwoty zabezpieczonej tą gwarancją wadialną jest tutaj uzależniona od działania lub zaniechania, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, tylko i wyłącznie przez E. S.A - jako „Zobowiązanego”. Ponieważ ofertę w tymże postępowaniu złożyło konsorcjum E., to jest dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp), zatem okoliczności uprawniające zatrzymania wadium - zgodnie z żądaniem zamawiającego zawartym w s.i.w.z. [rozdz. XIII pkt 4 lit. e)] - musiały dotyczyć "Wykonawcy" rozumianego w tym przypadku odpowiednio, jako dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł również, iż odrębną kwestią jest, że podmiot E. S.A. - na zlecenie którego, przedmiotowa gwarancja wadialna została udzielona i który to podmiot, jako jedyny został w treści tejże gwarancji oznaczony jako wykonawca (zobowiązany) nie jest

pełnomocnikiem tegoż konsorcjum, a jedynie jego członkiem. Czyli podmiot E. S.A. zlecający wystawienie przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej, nie działał tutaj, jako lider konsorcjum E. i nie był tym samym umocowany do działania w imieniu i na rzecz drugiego z wykonawców, tj. E.V.sp. z o.o. Zgodnie bowiem z udzielonym pełnomocnictwem konsorcjalnym, to pełnomocnik tegoż konsorcjum, czyli E.V.sp. z o.o. był upoważniony do podejmowania wszelkich niezbędnych czynności prawnych i faktycznych związanych z procedurę ubiegania się o udzielenie zamówienia. W myśl art. 95 § 1 i 2 k.c. pełnomocnictwo umocowuje właśnie do dokonania czynności prawnej (nie faktycznej) ze skutkami bezpośrednio dla reprezentowanego. Skoro zatem zgodnie z treścią ww. pełnomocnictwa konsorcjalnego, umocowanie E.V.sp. z o.o. obejmuje dokonywanie „wszelkich czynności prawnych i faktycznych związanych z procedurą ubiegania się o udzielenie zamówienia", to niewątpliwie w przedmiotowym przypadku czynnością taką było również wniesienie przez E.V.sp. z o.o. całego wymaganego przez zamawiającego wadium w tym przetargu. Tym samym, przyjąć należy, że podmiot E. S.A. (jako członek konsorcjum E.) nie jest w przedmiotowym przetargu nieograniczonym prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem i nie jest uprawniony do działania w imieniu i na rzecz współwykonawcy, tj. E.V.sp. z o.o. także w zakresie wniesienia wadium.

Z tych względów, w ocenie odwołującego, wadium w omawianej formie nie pokrywa i nie zabezpiecza interesów zamawiającego, tak w postaci możliwości sformułowania wystąpienia do gwaranta, ze wskazaniem oznaczonego w ustawie zachowania „Zobowiązanego" uprawniającego do zatrzymania wadium, jak i następczo żądania z tego tytułu wypłaty kwoty wadium w oparciu o zapewnienie. Nie spełnia zatem żadnych z przypisanych tej instytucji funkcji, gwarancyjnej, zabezpieczającej, czy kompensacyjnej. Liczy się nie tylko sama bezwarunkowość, nieodwołalność gwarancji, płatność na pierwsze żądanie, ale sam fakt czy



---

zamawiający zgodnie z zaistniałym stanem rzeczywistym byłby w stanie sformułować tak swoje oświadczenie, jak i żądanie zapłaty wadium, aby działać przy tym w ramach upoważnienia wynikającego z samej treści gwarancji. Dla wywiedzenia prawidłowości gwarancji wadialnej, zamawiający nie może doznawać żadnych przeszkód w jej uruchomieniu, w przypadku zaistnienia zdarzeń po stronie wykonawcy aktualizujących podstawy do wypłaty wadium. W przypadku, gdy w gwarancji, jako wykonawca widnieje tylko członek konsorcjum, czyli E. S.A., zamawiający nie mógłby oświadczyć, np. że „Zobowiązany" nie przedstawił wymaganych dokumentów, wobec czego zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. W żadnym razie nie można zatem utożsamiać wyłącznie członka konsorcjum, czyli E. S.A. z „Wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia", o którym mowa w art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. W odmiennym przypadku, należałoby założyć, iż w treści formularza oferty mógłby być wymieniony jedynie członek konsorcjum, albowiem okoliczność, kto składa ofertę wynika z załączonego dokumentu pełnomocnictwa konsorcjalnego. Podobnie przedstawia się wnoszenie odwołania przez konsorcjum. Nie ulega wątpliwości, że jako podmioty - wykonawca odwołujący muszą być wymienieni wszyscy uczestniczy konsorcjum, mimo że odwołanie może być wniesione przez samego pełnomocnika, jeżeli wynika to z posiadanego przez niego umocowania. Gdyby zaś, jako „odwołujący wykonawca" oznaczony został sam lider konsorcjum, albo członek konsorcjum, Izba odrzuciłaby odwołanie na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż odwołanie przysługuje wykonawcy (konsorcjum), który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu zamówienia, nie zaś liderowi konsorcjum, a tym bardziej członkowi konsorcjum, który nie składa samodzielnie oferty i nie może pozyskać zamówienia na swoją rzecz.

Reasumując, skoro z treści gwarancji wadialnej, załączonej przy ofercie konsorcjum E. wynika, iż gwarant zobowiązuje się do zapłaty na rzecz zamawiającego pełnej kwoty gwarancji, tylko w przypadku zaistnienia w stosunku do E. S.A. (bo gwarancja definiuje jako zobowiązanego tylko ten podmiot), co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, to tak ukształtowana treść gwarancji nie zapewnia zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymania wadium zaistnieją również lub tylko po stronie E.V.sp. z o.o., który w tymże przypadku jest pełnomocnikiem konsorcjum E. umocowanym do wszelkich niezbędnych czynności prawnych i faktycznych związanych z procedurą ubiegania się o udzielenie zamówienia. Gwarant bowiem zobowiązany będzie

do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu.

8

---

Nieprawidłowego wniesienia wadium nie można uzupełnić, ani korygować po terminie składania ofert, a więc również zmieniać treści gwarancji wadialnej, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień, a wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne (za wyjątkiem wyraźnie dopuszczonych w przepisach, jak np. przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium). Mając powyższe na uwadze, wybór przez zamawiającego oferty konsorcjum E. - jako najkorzystniejszej w niniejszym przetargu nieograniczonym w części dotyczącej zadania nr 1 stanowi naruszenie fundamentalnych zasad systemu prawa zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialno-prawna przesłanka interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, sektorowego w części dotyczącej zadania nr 1 oraz zachodzi także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, że posiada obiektywną - wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania przedmiotowego kontraktu - potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, polegającego na uwzględnieniu przedmiotowego odwołania. Otóż w wyniku naruszenia przez zamawiającego fundamentalnych zasad obowiązujących w systemie prawa zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w zadaniu nr 1 doznał uszczerbku. Bezprawny wybór przez zamawiającego w części zamówienia dot. zadania nr 1 oferty konsorcjum E. zamknęły bowiem odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia w tejże części. Odwołujący w prowadzonym przetargu nieograniczonym złożył bowiem, w części zamówienia dotyczącej zadania nr 1 ofertę, która w wyniku oceny ofert przez pryzmat kryteriów oceny ofert została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert. A zatem gdyby zamawiający w sposób prawidłowy rozstrzygnął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w części dotyczącej zadania nr 1 i odrzucił ofertę konsorcjum E. - do czego jest zobowiązany na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, to odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie w zadaniu nr 1, bowiem to jego oferta wówczas uzyskałaby pierwsze miejsce w rankingu złożonych ofert w tejże części zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, ma zatem istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania. Odwołujący został także narażony na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu w zadaniu nr 1, który bezwzględnie powinien mu być przyznany.

9

---

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: E.V.sp. z o.o., E. S.A., (...).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1

ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Zamawiający dopuścił w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia [rozdz. IX SIWZ], które zostało podzielone na dwie niezależne części, tj. Zadanie nr 1 i 2 (rozdz. IV pkt 1 s.i.w.z.). Jednocześnie zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na dowolne zadanie wybrane przez wykonawcę bądź na wszystkie łącznie (rozdz. IV pkt 8 s.i.w.z.).

Wymagania zamawiającego odnośnie wnoszonego wadium zostały określone w treści s.i.w.z. (rozdz. XIII), w ten sposób, że złożona oferta musiała być zabezpieczona wadium:

- zadanie nr 1 - 80.000 PLN
- zadanie nr 2 - 100.000 PLN

Jednocześnie zamawiający dopuścił wszystkie formy wnoszenia wadium, o których mowa w przepisie art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, w tym m.in.: w gwarancjach bankowych oraz



gwarancjach ubezpieczeniowych. Przy czym, zamawiający w s.i.w.z. (rozdz. XIII pkt 4) zawarł swoje następujące wymagania dotyczące treści gwarancji wadialnej (bankowej lub ubezpieczeniowej): *„W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać następujące elementy:*

*- lit. a) nazwę dającego zlecenie [Wykonawcy], beneficjenta gwarancji [Zamawiającego], gwaranta [banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji] oraz wskazanie ich siedzib* [lit. a]

*- lit* e) *zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty wadium na pierwsze pisemne* żądanie *Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż Wykonawca, którego ofertę wybrano:*

- *odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,*
- *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*
- *zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub*
- *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.*

Zgodnie ze stanem faktycznym, konsorcjum E., ubiegając się o niniejsze zamówienie w częściach dotyczących zadania nr 1 i 2 przedłożyło pełnomocnictwo konsorcjalne (pismo nr Ldz.70/P/2016 z dnia 20.12.2016 r.). Z treści ww. pełnomocnictwa wynika, że: *„E. SA. ustanawia E.V.sp. z o.o. pełnomocnikiem do wspólnego ubiegania się o niniejsze zamówienie oraz do podejmowania wszelkich niezbędnych czynności prawnych i faktycznych związanych z procedurą ubiegania się o udzielenie zamówienia, w tym do zawarcia umowy w sprawie zamówienia oraz do ustanawiania dalszych pełnomocników w pełnym zakresie umocowania. Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie E.V.do dokonywania w imieniu E. S.A. i wykonawców wspólnie ubiegających się* o *udzielenie zamówienia następujących czynności:*

- *podpisania, parafowania oferty,* a *także wszelkich oświadczeń, dokumentów, formularzy niezbędnych do złożenia oferty,*
- *potwierdzania za zgodność z oryginałem wszelkich kopii oświadczeń, dokumentów, formularzy niezbędnych do złożenia oferty,*
- *składania oświadczeń i wyjaśnień dotyczących złożonej oferty,*
- *wnoszenia* środków *ochrony prawnej,*
- *zawarcia umowy z Zamawiającym w sprawie zamówienia”.*

Załączona przy ofercie konsorcjum E. gwarancja wadialna w postaci gwarancji ubezpieczeniowej Nr (...), została wystawiona przez T.U.I.R. z datą 20.12.2016 r., na wniosek E. S.A. i tenże podmiot, został w niej wymieniony oraz nazwany „Zobowiązanym".

Z treści tejże gwarancji wynika, że: *I.R. gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne* żądanie *Beneficjenta gwarancji zapłatę wadium w kwocie 180.000 zł z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z niżej wymienionych przypadków:*

1) *Zobowiązany odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,*
2) *Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*
3) *Zobowiązany 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 wart. 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 Zobowiązanego, jako najkorzystniejszej,*
4) *Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.*

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego, uznając je za własne.

Ponadto Izba wskazuje, iż definiując przypadki nieprawidłowości wadium, *a contrario* wskazać można, że prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego. Każde wniesienie wadium do zamawiającego w stosownym terminie, w wymaganej wysokości i na odpowiedni okres, w formach w ustawie określonych, pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Według art. 23 ust. 1 ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (jako tzw. konsorcjum). Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast ust. 3 stanowi, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.



Powyższa regulacja oznacza, iż wszystkie działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają skutki prawne względem wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń. Dotyczy to np. instytucji: zakazu składania więcej niż jednej oferty w postępowaniu (w jakiejkolwiek konfiguracji konsorcjalnej, przez wszystkich wykonawców razem i każdego z osobna); wykluczenia wszystkich wykonawców z postępowania, nawet jeżeli przesłanki wykluczenia opisane w art. 24 ust. 1 ustawy dotyczą tylko jednego z nich, a pozostali spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu; a także samego wzywania i składania wszelkich wyjaśnień i uzupełnień przez wszystkich wykonawców wspólnie, nawet jeżeli uzupełnienia te i wyjaśnienia dotycząc tylko jednego z nich i ten tylko faktycznie je składa. Innymi słowy, w przypadku ubiegania się o zamówienie przez konsorcjum, czynności w postępowaniu wykonawcy wykonują i mogą wykonywać tylko i wyłącznie wspólnie (oczywiście chodzi tu o czynności konwencjonalne wywołujące skutki prawne – dla wszystkich wykonawców razem i każdego z osobna, a nie czynności faktyczne czy techniczne). Tak więc to wszyscy wykonawcy składają ofertę, podpisują umowę lub odmawiają jej podpisania, uzupełniają dokumenty lub zaniechują ich uzupełnienia (nawet jeżeli dokumenty uzupełniane dotyczą tylko jednego z nich i faktycznie/technicznie dokumenty tylko ten wykonawca przesyła). Każda czynność lub zaniechanie wykonawcy składającego ofertę wspólną jest czynnością wszystkich wykonawców ubiegających się razem o zamówienie – i na odwrót.

Przy tego typu ustawowej konstrukcji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia odpowiedzialność konsorcjantów rzeczywiście nabiera cech solidarności przypominającej instytucję solidarności dłużników zastaną na gruncie prawa cywilnego. Fakt wspólnego złożenia oferty w postępowaniu, zobowiązujący do zaciągnięcia zobowiązania ostatecznego umowy i wykonywania w postępowaniu wszelkich czynności przewidywanych przez ustawę, które zawarcie umowy warunkują, w zestawieniu z powoływanymi przepisami, skutkuje solidarną odpowiedzialnością wykonawców za ich działania lub zaniechania, np. takie jak niezawarcie umowy czy nieuzupełnienie dokumentów. *L.N.D.,* który z wykonawców faktycznie za taki skutek odpowiada. Pozostali wykonawcy mogą się również uchylić od skutków działań czy zaniechań konsorcjanta wykonując żądane przez zamawiającego czynności zamiast niego (o ile są w stanie to uczynić), w innym wypadku popadną w zwłokę, a następnie – kontynuując analogię do solidarności dłużników – wszyscy razem i każdy z osobna, pozostaną w stanie niewykonania swoich zobowiązań wynikających ze złożenia oferty w przetargu publicznym.

Nie należy również deprecjonować stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r. (sygn. akt II CA 489/06) i wyroku Izby z dnia 5 marca 2015 r.



(sygn. akt KIO 336/15), według którego źródłem solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów po złożeniu wspólnej oferty jest art. 370 kc w zw. z art. 366 kc.

W uzasadnieniu ww. wyroku sąd wskazał, iż: *Złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum (…). Stosownie jednak do przepisu art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania 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 któregokolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z ich mienia zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego wspólnego w rozumieniu art. 370 k.c., powstanie solidarnej powodującym odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.*

W świetle przepisów art. 23 ustawy gwarancja wadialna opisywana w treści odwołania i złożona w takich okolicznościach faktycznych, jak tam podawane, dotyczy wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wyrażając się ściślej: obejmuje i zabezpiecza wszystkie przypadki przepadku wadium opisane w art. 46 ust. 4a i 5, niezależnie od tego czy wykonawca składał następnie ofertę samodzielnie czy wspólnie z innymi podmiotami.

Izba nie podziela więc stanowiska odwołującego jakoby przedmiotowa gwarancja (treść tak ukształtowanego zobowiązania gwarancyjnego) nie zapewniała zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń wadialnych w każdym przypadku. W szczególności nie podziela poglądu, iż jednoznacznie można stwierdzić, że zamawiający nie będzie mógł żądać od gwaranta zapłaty wadium w przypadku, gdy ziszczenie się warunków uprawniających do zatrzymania tego wadium związane będzie tylko z działaniem lub zaniechaniem wykonawcy niewymienionego w dokumencie gwarancyjnym. Wręcz przeciwnie, okoliczności takie zaistnieją również w stosunku do wykonawcy jedynie wskazanego w treści gwarancji, nawet jeżeli od swoich obowiązków związanych ze złożeniem oferty uchylać się faktycznie będą jego niewymienieni w treści gwarancji



konsorcjanci. W świetle powoływanych przepisów, w przypadku wykonawców ubiegających

się o zamówienie wspólnie, ustawa nie zna i nie rozróżnia żadnych faktycznych działań lub zaniechań poszczególnych konsorcjantów. Tym bardziej nie rozróżnia ich czynności prawnych.

Izba podkreśla, że w przypadku uchylenia się od ustawowych obowiązków przez jednego konsorcjanta, uchylą się od tych obowiązków również pozostali. Dla przypomnienia, zgodnie z art. 23 ust. 3 przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. Tranzytywność obowiązków ustawowych i odpowiedzialność za ich niedopełnienie jest w tym przypadku następująca: umowę w sprawie zamówienia można zawrzeć jedynie z wykonawcą (wykonawcami) wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 10 ust. 1 pzp); tym samym w przypadku, gdy np. jeden z konsorcjantów uchyla się od jej zawarcia na warunkach określonych w ofercie (art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp), nie można zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, do czego się zobowiązywali, składając wspólnie ofertę; a więc od zwarcia zgodnej z przepisami ustawy umowy uchylają się wszyscy wykonawcy (każdy wykonawca) składający ofertę.

Można dodać, iż zamawiający wzywa do podpisania umowy wszystkich wykonawców łącznie i poza jego zainteresowaniem pozostaje, z przyczyny którego z nich zwarcie umowy nie może nastąpić. Skutek jest w tym przypadku zawsze ten sam – wykonawcy (w tym i wykonawca wskazany w gwarancji) ważnej umowy w sprawie zamówienia nie zawierają, i nieważne jest, z jakich przyczyn uchylają się od jej podpisania.

Niezwykle istotna jest w tym przypadku prawidłowa interpretacja przesłanek zatrzymania wadium opisanych w art. 46 ustawy. Okoliczności tam wskazanych nie należy wykładać dosłownie. I tak termin „podpisanie” użyty w ww. przepisie nie należy rozumieć jako czynności technicznej złożenia podpisu pod dokumentem umowy, ale jako zaciągnięcie zobowiązania umownego, a takowe mogą wykonawcy zaciągnąć w tym przypadku tylko wspólnie. Również „odmówienie” nie musi polegać wcale na dosłownym oświadczeniu wykonawcy odzwierciedlającym jego woluntarystyczną decyzję, że zobowiązania umownego nie zaciągnie (nie podpisze). Za odmowę zawarcia umowy należy również uznać brak zaciągnięcia zobowiązania umownego pomimo wezwań zamawiającego (np. z powodu niemożliwości jego zaciągnięcia spowodowanego działaniami partnera biznesowego, z którym to zobowiązanie można zaciągnąć tylko wspólnie – bez znaczenia w tym przypadku pozostaje, czy odmowa taka przybierze postać: odmówienia przez brak odpowiedzi na wezwanie, odmówienia bez podania powodów czy też odmówienia zaciągnięcia



zobowiązania umownego ze wskazaniem, że wykonawca umowę chciałby zawrzeć, ale nie może tego uczynić z powodu niesolidności jego konsorcjantów).

Tym samym, jak już wskazano, w przypadku wezwania przez zamawiającego do zaciągnięcia zobowiązania umownego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i „odmowy” jednego z nich, „odmówią” również wszyscy pozostali. W konsekwencji jak najbardziej aktualizuje się tu przesłanka wypłaty sumy gwarantowanej opisana w gwarancji. Zamawiający może więc złożyć wystawcy gwarancji rzetelne oświadczenie o uchyleniu się przez zlecającego gwarancję od zawarcia umowy czy nieuzupełnieniu dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 pzp – będzie to oświadczenie prawdziwe w stosunku do każdego wykonawcy składającego wspólnie ofertę, a więc także w stosunku do wykonawcy wymienionego w treści gwarancji.

Podobnie, na zasadzie obciążenia wszystkich wykonawców wspólnie składających ofertę skutkami zaniechań jednego wykonawcy, rozpatrywać należy pozostałe przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 pzp.

Odnosząc powyższe do konstrukcji kwestionowanej gwarancji wadialnej, czy nawet dominującego kształtu gwarancji występujących w obrocie, wskazać można, iż gwarant nie będzie miał żądnych podstaw do odmówienia płatności z tytułu gwarancji, gdy zamawiający złoży mu oświadczenie, o którym mowa w gwarancji. W ocenie Izby gwarant nie powinien podważać stanowiska i oświadczenia beneficjenta gwarancji (zamawiającego), że wykonawca w jej treści wskazany odmówił zawarcia umowy, na przykład ze względu na fakt, iż inaczej interpretuje okoliczności i postać ww. odmowy. Analogicznie gwarant nie ma żadnych podstaw do badania zaistnienia rozbudowanych przesłanek zatrzymania

wadium opisanych w art. 46 ust. 4a pzp. Mimo, że przecież zawsze mógłby stwierdzić nawet w przypadku jednoosobowego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez jego klienta – iż uznaje, że przyczyny nieuzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 pzp nie leżały po stronie wykonawcy lub nie zaszła tu przesłanka doprowadzenia do niemożliwości zawarcia umowy… *etc.* Powyższe potwierdza również oświadczenie gwaranta, jakie zostało złożone przez przystępującego, w którym gwarant wskazał, iż znane mu były okoliczności zawiązania konsorcjum i złożenia wspólnej oferty.

Odnośnie interpretacji samego dokumentu gwarancyjnego, Izba przyznaje, że powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Nie oznacza to jednak, iż w ogóle nie jest czy nie może być interpretowany. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia (mniej lub bardziej uświadomioną). W świetle powyższego stanowiska, że *omnia sunt interpretanda, paremia clara non sunt interpretanda* oznacza li tylko dorozumiany prymat wykładni literalnej i brak potrzeby dokonywania na tekście normatywnym żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Również



sformułowania gwarancji wadialnej (szczególnie w zakresie opisu przesłanek zatrzymania wadium) mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia – i jakkolwiek w tym przypadku nie jest to wykładnia literalna i intuicyjna (bo zakłada konieczność ich odniesienia do instytucji ustawowych), nie oznacza to jednak, ze budzą jakieś wątpliwości i problemy interpretacyjne.

I tak gwarancja wadialna wystawiona na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powielająca sformułowania ustawowe i odwołująca się do przepisów ustawy w opisie przesłanek zatrzymania wadium (tak jak gwarancja rozpatrywana w przedmiotowym postępowaniu) winna być interpretowana z uwzględnieniem powyższego, tzn. przesłankom zatrzymania wadium opisanym w gwarancji należy nadawać takie samo znaczenie jak takim samym przesłankom ustawowym (interpretację przepisów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy przedstawiono powyżej).

Interpretacja przedmiotowej gwarancji dokonywana przez odwołującego mogłaby więc być zasadna tylko w wypadku, gdyby był to dokument wystawiany nie dla celów przetargu publicznego i zabezpieczenia przesłanek zatrzymania wadium opisanych w pzp, ale dla jakiś innych procedur nie normowanych przez jej przepisy. W takim wypadku, bez uwzględniania ustawowej instytucji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, rzeczywiście możliwe byłoby uznanie, że istnieje jakieś rozdzielne „odmówienie podpisania" umowy lub „nieuzupełnienie dokumentów" przez wykonawcę opisanego w treści gwarancji oraz przez jego niewymienionych w treści gwarancji konsorcjantów.

W konsekwencji należy uznać, iż wystawiając gwarancje wadialne na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znające przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, banki lub towarzystwa ubezpieczeniowe, które nie chcą zabezpieczać działań lub zaniechań wykonawcy - zleceniodawcy gwarancji, spowodowanych zaniechaniami jego ewentualnych konsorcjantów, to powinny wyraźnie wykluczyć powyższe w ich treści.

Ponadto należy podkreślić, że sądy okręgowe i Krajowa Izba Odwoławcza, a wcześniej jeszcze orzecznictwo arbitrażowe, od samego początku obowiązywania instytucji tego typu, dosyć konsekwentnie stały na stanowisku, iż generalnie prawidłowo wniesione jest wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w której treści wskazano tylko jednego wykonawcę, który następnie złożył ofertę wspólnie z innymi wykonawcami. Można w tym zakresie wskazać na powoływane już wyżej wyroki: Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r. (sygn. akt II CA 489/06) i Izby z 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 336/15); a także wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 1 października 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 408/07); wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 maja 2008 r. (sygn. akt V Ca 903/08); wyrok Izby z 4 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2182/14); wyrok Izby z 6 sierpnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 1501/14, KIO 1518/14, KIO 1531/14; wyrok Izby z 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO



1546/13); wyrok Izby z 12 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1289/13); wyrok Izby z 6 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO: 1232/13, 1233/13); wyrok Izby z 5 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 99/09); wyrok Izby z 4 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 810/11); wyrok Izby z 18 czerwca 2015

roku (sygn. akt KIO 1177/15); wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z 23 lipca 2015 r. (sygn. akt IV Ca 357/15); wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2015 r. (sygn. akt XXIII Ga 1313/15); wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 5 grudnia 2016 r. (sygn. akt XIII Ga 1094/16) i wiele innych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dostrzega powodów do odejścia od ww. zastanej i ugruntowanej linii orzeczniczej, tym bardziej, iż wskazywana przez odwołującego argumentacja i obawy o brak możliwości zaspokojenia się przez zamawiających „z takiej gwarancji" mają charakter czysto hipotetyczny. Opierają się na analizie i uzasadnianiu powodów, dla których gwarant może odmówić wypłaty kwoty gwarantowanej, gdy istnieją dostateczne powody i podstawy prawne (wskazane powyżej), w świetle których gwarant nie może tego uczynić i powinien jak najbardziej kwotę gwarantowaną wypłacić.

W postępowaniu nie przedłożono żadnych dowodów z praktyki ubezpieczeniowej, w której takie sytuacje miałyby miejsce. Nie przedłożono również żadnego stanowiska ubezpieczyciela – wystawcy gwarancji, który dokonałby wykładni autentycznej swojego dokumentu w sposób potwierdzający tezy odwołania.

Nadto wskazać należy, iż przystępujący jako dowód w sprawie przedstawił umowę konsorcjum, w której wyraźnie wskazano na podział obowiązków konsorcjantów. W zakresie obowiązku wniesienia wadium uczestnicy konsorcjum ustalili bowiem, że wadium w tym postępowaniu wniesie E. S.A., co zgodnie z postanowieniami rzeczonej umowy, zostało wykonane.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

18

---

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** ……

.....

.....

19