Sygn. akt: KIO 3493/20

WYROK
z dnia 9 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Robert Skrzeszewski
Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Dąbrowa Tarnowska

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu i FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3493/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2 . kosztami postępowania obciąża wykonawcę FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:……
……
……

Sygn. akt: KIO 3493/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Gmina Dąbrowa Tarnowska wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrowa Tarnowska w 2021 roku", nr ref. GKR.2710.11.2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 października 2020 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod nr 2020/S 202-489971.

W dniu 15 grudnia 2020 r. Odwołujący: FBSerwis Karpatia Sp. z o.o.z siedzibą w Tarnowie powziął wiadomość od Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. (dalej jako„FCC Tarnobrzeg", „Lider Konsorcjum" lub „Przystępujący")i FCC Podhale Sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjant", „FCC Podhale" lub „Przystępujący").

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 28 grudnia 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. i FCC Podhale Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta powinna zostać odrzucona;

2)zaniechaniu odrzucenia oferty tych wykonawców z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium;

3)zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz art, 46 ust. 4a i 5 PZPpoprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż przedłożył wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na zlecenie Lidera Konsorcjum (FCC Tarnobrzeg), przy czym z treści tej gwarancji nie wynika, aby gwarant przyjął na siebie odpowiedzialność za czynności lub zaniechania drugiego z konsorcjantów (FCC Podhale) ani też, aby został poinformowany o tym, że spółka FCC Tarnobrzeg ubiega się o zamówienie wspólnie z FCC Podhale, a jednocześnie treść gwarancji wprost wskazuje, że zapłata kwoty gwarancyjnej nastąpi w przypadku, gdy Wykonawca - zdefiniowany jako FCC Tarnobrzeg - odmówi zawarcia umowy, nie wniesie zabezpieczenia lub z przyczyn leżących po jego (tj. po stronie FCC Tarnobrzeg) nie złoży wymaganych dokumentów, pełnomocnictw lub nie wyrazi zgody na poprawienie omyłki, co oznacza, że gwarant może odmówić wypłaty z tytułu gwarancji w przypadku, gdyby zaistniały takie okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium, za które odpowiada drugi z konsorcjantów (FCC Podhale - nie wymieniony w treści gwarancji bankowej), a tym samym gwarancja ta nie zabezpiecza w sposób dostateczny interesu Zamawiającego i tym samym jest nieprawidłowa.

W związku z powyższym, wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3.odrzucenia oferty Konsorcjum,

4.a w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Ponadto wnosił o:

5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz Konsorcjum.

Zauważył przy tym, że Konsorcjum wniosło wadium w formie gwarancji bankowej, która wystawiona została jedynie na rzecz Lidera Konsorcjum, zdefiniowanego w niej jako „Wykonawca", gdzie w treści przedmiotowej gwarancji bankowej zostało wskazane, że Gwarant został poinformowany, że FCC Tarnobrzeg zamierza złożyć ofertę w postępowaniu oraz że mając to na uwadze gwarant zobowiązuje się do zapłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie Beneficjenta (Zamawiającego), że zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych tj. gdy: Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy PZP, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej,

Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wraz ze wskazaniem, która konkretnie z nich zaistniała.

Odwołujący wskazał, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonana przez Zamawiającego jest jednak wadliwa, bowiem oferta Konsorcjum nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, co powoduje, że powinna zostać odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo braku jej zabezpieczenia wadium stanął na stanowisku, że wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinno ono zabezpieczać interesy zamawiającego przez cały okres związania wykonawcy ofertą i dawać zamawiającemu rękojmię zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podniósł, że przepisy PZP dopuszczają wniesienie wadium między innymi w formie gwarancji bankowej lub

ubezpieczeniowej, przy czym wówczas musi ona odpowiadać szczególnym wymaganiom, zapewniającym realną możliwość skorzystania przez zamawiającego z wadium we wszystkich przypadkach wskazanych w przepisach PZP, również w razie gdy ofertę składa konsorcjum wykonawców.

Zaznaczył, że z dokumentu gwarancji bankowej złożonego przez Konsorcjum, tj. Gwarancji Bankowej Przetargowej nr GW/006633/20 wynika, że gwarancja wadialna została wystawionawyłącznie na zlecenie FCC Tarnobrzeg (zdefiniowanego w treści gwarancji jako „Wykonawca), a w konsekwencji ich treść dalej odwołuje się wyłącznie do działań lub zaniechań tegoż „Wykonawcy", które z kolei skutkować będą uprawnieniem Zamawiającego do otrzymania sumy określonej w gwarancji.

Wyjaśnił, że z treści gwarancji wynika również, że ma ona zabezpieczać ofertę rozumianą jako ofertę składaną przez Wykonawcę, czyli ofertę składaną samodzielnie przez FCC Tarnobrzeg. Jednocześnie brak w treści gwarancji jakichkolwiek informacji mogących wskazywać na działanie FCC Tarnobrzeg w ramach Konsorcjum, tudzież wskazywać, że wartość złożonej gwarancji zabezpiecza również działania i zaniechania FCC Podhale lub całego Konsorcjum (tj. z udziałem FCC Podhale).

Dodatkowo, wskazał, że w treści gwarancji brak jest wzmianki o tym, że FCC Tarnobrzeg zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi podmiotami, czy też, że przez „Wykonawcę" należy rozumieć również inne podmioty niż zleceniodawca — tj. nie tylko FCC Tarnobrzeg, lecz również Konsorcjum z jego udziałem.

W ocenie Odwołującego - taka treść gwarancji bankowej nie pozwala uznać, aby jej wystawca odpowiadał za działania lub zaniechania innych podmiotów, niż wskazany w nich Wykonawca FCC Tarnobrzeg, a niewymienionych w treści gwarancji.

Zarzucił, że w gwarancji nie wskazano, bowiem nazwy innego wykonawcy ubiegającego się wspólnie z FCC Tarnobrzeg o udzielenie zamówienia w postępowaniu (tj. nie wskazano na FCC Podhale jako Konsorcjanta), ani w sposób wyraźny ani nawet poprzez ogólne wskazanie członków konsorcjum, w skład którego wchodzi FCC Tarnobrzeg. Przeciwnie, postanowienia ww. gwarancji wadialnej wskazują jednoznacznie, że została ona wystawiona dla FCC Tarnobrzeg w celu zabezpieczenia składanej przez niego samodzielnie oferty, zaś gwarant przyjął na siebie odpowiedzialność względem Zamawiającego za zaniechania/działania wyłącznie przez tego wykonawcę.

Według Odwołującego - przyjęcie przez Zamawiającego gwarancji wystawionych wyłącznie na rzecz jednego z konsorcjantów niewątpliwie wiąże się z realnym ryzykiem odmowy wypłaty kwoty wadium przez gwaranta w razie zaistnienia przewidzianych w PZP przypadków zatrzymania wadium.

Przekonywał przy tym, że wynika to faktu, że gwarancja zabezpiecza w danej części zamówienia jedynie obowiązki konkretnego wykonawcy - tj. Lidera, a nie całego Konsorcjum.

Istotne dla Odwołującego jest również, że z treści gwarancji nie wynika, aby FCC Tarnobrzeg miał złożyć ofertę w ramach konsorcjum, co tym bardziej potwierdza, że gwarant mógłby odmówić wypłaty środków z gwarancji dołączonej do oferty Konsorcjum w sytuacji wystąpienia jednej z okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie tylko wówczas narażony jest na ryzyko, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium będzie utrudnione, ale także że realizacja tego roszczenia będzie całkowicie niemożliwa.

Powołał się na okoliczność, że treść dołączonej do oferty gwarancji wskazuje, że zabezpiecza ona ofertę FCC Tarnobrzeg, który nie złożył oferty w postępowaniu, a zatem nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu PZP. Taki status posiada jedynie Konsorcjum, którego oferta nie została zabezpieczona wadium. Uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum, bowiem to nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilna (konsorcjum) stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r. sygn. akt V CSK 475/10).

Wyraził przekonanie, że przymiotu wykonawcy konsekwentnie odmawia liderowi konsorcjum (jednemu z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie) również Krajowa Izba Odwoławcza, uznając go za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy PZP, tj. uznając, że nie jest on wykonawcą ani innym podmiotem zainteresowanym uzyskaniem zamówienia.

Zwrócił uwagę, że gwarancja wadialna zabezpieczająca ofertę Konsorcjum mogłaby być wystawiona na zlecenie FCC Tarnobrzeg, jednak z jej treści powinno wynikać, że obejmuje ona ofertę Konsorcjum i dotyczy zaniechań wszystkich jego członków, a nie jedynie ofertę FCC Tarnobrzeg zdefiniowanego w gwarancjach jako „Wykonawca".

W przekonaniu Odwołującego - niedopuszczalne jest zaś wywodzenie z treści gwarancji, iż zamiarem gwaranta

było przyjęcie odpowiedzialności za działania innych członków konsorcjum, o których gwarant nie miał wiedzy i nie weryfikował ich wiarygodności.

Powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. o sygn. IV CSK 86/17 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 roku o sygn. XII Ga 555/18.

Podkreślił przy tym, że w tym wyroku - wbrew spotykanym niekiedy poglądom - Sąd Najwyższy nie uznał, aby gwarancja odwołująca się tylko do jednego członka konsorcjum w każdym wypadku była prawidłowa.

Przyznał, że Sąd Najwyższy w wyżej wskazanym wyroku stwierdził, że gwarancję należy interpretować zgodnie z oświadczeniem woli gwaranta. Należy również ustalić, czy zapłata wadium nastąpi w przypadku przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy wymienionego w gwarancji, ale za które wykonawca ten odpowiada.

Zauważył przy tym, że Sąd Okręgowy w Gdańsku na skutek ponownego rozpoznania skargi na wyrok KIO, zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego, dokonał ponownej oceny wadium i w wyroku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18, orzekł, że gwarancje wadialne wystawione tylko na jednego konsorcjanta były nieprawidłowe. Zdaniem sądu „koniecznym było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w mysi art 23 ust 1 w związku z ust. 3 Ustawy PZP), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku „gwarancyjnego" jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sadu Okręgowego w niniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że zamawiający z uwagi na nieścisłości, co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją.

W opinii Odwołującego – w stanie faktycznym sprawy stosunkiem podstawowym, którego zabezpieczeniu służyła gwarancja bankowa, był wyłącznie stosunek prawny, który miał wynikać z faktu złożenia przez FCC Tarnobrzeg oferty w postępowaniu. Taki stosunek nigdy nie powstał, bowiem FCC Tarnobrzeg swojej oferty samodzielnie nie złożył i nie uzyskał statusu wykonawcy w postępowaniu. W postępowaniu ofertę złożyły wspólnie dwa podmioty (FCC Tarnobrzeg i FCC Podhale) - a tej wspólnej oferty zobowiązanie gwarancyjne wynikające z załączonej do oferty Konsorcjum gwarancji bankowej nie dotyczyło. Gwarant nie przyjął na siebie odpowiedzialności za działania czy zaniechania obu tych podmiotów, ani tym bardziej za działania bądź zaniechania przedsiębiorcy niewymienionego w treści gwarancji, tj. FCC Podhale.

Wobec braku powstania wskazanego w treści gwarancji bankowej stosunku podstawowego (którego zabezpieczenie było w istocie celem udzielenia tej gwarancji), w razie skierowania przez Zamawiającego żądania zapłaty w związku z zatrzymaniem wadium (w tym w szczególności w okolicznościach, w których przyczyny takiego zatrzymania będą spowodowane okolicznościami leżącymi po stronie FCC Podhale), gwarant – według Odwołującego - będzie miał możliwość odmówienia zapłaty sumy gwarancyjnej, przeciwstawiając żądaniu Zamawiającego zarzuty bądź to przy wykorzystaniu konstrukcji naruszenia postanowień umowy gwarancyjnej, bądź też za pomocą zarzutu nadużycia przez Zamawiającego celu zabezpieczenia.

Zwrócił uwagę, że zobowiązanie banku wynikające z umowy gwarancyjnej opatrzonej wyżej wymienionymi klauzulami nie może być traktowane w sposób bezwzględny. W umowie gwarancyjnej strony mogą określić okoliczności wyłączające lub ograniczające odpowiedzialność banku (gwaranta). Z postanowień umowy gwarancyjnej należy wyprowadzić ewentualną ochronę gwaranta oraz obowiązek honorowania przez beneficjenta celu gwarancji (art. 65 § 2 k.c.), skoro w wyniku zamieszczenia w gwarancji powyższych klauzul znacznie zminimalizowane zostały przesłanki aktualizujące odpowiedzialność gwaranta. Odmowa zapłaty odszkodowania przez gwaranta mogłaby nastąpić także wówczas, gdy beneficjent gwarancji wykorzystuje to zabezpieczenie do innych celów niż określone w gwarancji (np. stara się jednostronnie rozszerzyć zabezpieczenie gwarancyjne na inne zobowiązania podstawowe niż przewidziane w umowie gwarancyjnej).

Przyjął również zapatrywanie, że przekroczenie przez beneficjenta celu uzyskanego zabezpieczenia może

uzasadniać ochronę gwaranta przy użyciu konstrukcji naruszenia przez beneficjenta gwarancji postanowień właśnie umowy gwarancyjnej.

Odwołujący również wywodził, że z racji przyznania gwarantowi prawa obrony za pomocą zarzutu nadużycia przez wierzyciela celu zabezpieczenia gwarancji należałoby uznać, że brak stosunku podstawowego, którego zabezpieczenie stanowiło cel gwarancji uzasadniałby taką ochronę gwaranta.

Niewątpliwie dla Odwołującego gwarantowi przysługują zarzuty wynikające ze stosunku łączącego go z beneficjentem, powstałego wskutek udzielenia gwarancji, bowiem tylko w takiej sytuacji uruchomiona zostaje odpowiedzialność gwaranta. Ryzyko gwaranta nie może zaś obejmować okoliczności nieprzewidzianych w umowie stron.

Wskazał, że cel udzielenia gwarancji bankowej załączonej do oferty Konsorcjum w sposób niebudzący wątpliwości wynika z jej treści, bowiem zostało w niej wskazane, że gwarant został poinformowany o zamiarze złożenia w postępowaniu oferty przez FCC Tarnobrzeg i mając to na uwadze zobowiązał się do zapłaty sumy gwarancyjnej przy zachowaniu stosownych warunków czy wymogów.

Zdaniem Odwołującego - w oparciu o treść ww. listu gwarancyjnego nie sposób jest przyjąć, aby ta gwarancja zabezpieczała roszczenia z tytułu zatrzymania wadium przysługujące Zamawiającemu wobec jakiegokolwiek wykonawcy ubiegającego się o zamówienia (np. wobec Odwołującego - gdyby wobec niego zaistniały przypadki uzasadniające takie zatrzymanie wadium), lecz jedynie wobec konkretnego wykonawcy, wymienionego wprost w treści obu gwarancji, tj. spółki FCC Tarnobrzeg.

Twierdzenie, jakoby wobec akcesoryjności zobowiązania gwaranta gwarancja zabezpieczała roszczenia z tytułu zatrzymania wadium dowolnego wykonawcy, w tym w szczególności wykonawcy niewymienionego w treści tych gwarancji, byłoby daleko idącym rozszerzeniem odpowiedzialności gwaranta i mogłoby wręcz być kwalifikowane w kategoriach nadużycia prawa.

Wystawca gwarancji bankowej (gwarant), podejmując decyzję odnośnie do jej wystawienia, musiał oszacować ryzyko związane z jej zapłatą, tj. ryzyko związane z tym, że oznaczony w treści gwarancji podmiot mógłby spowodować powstanie okoliczności skutkujących możliwością zatrzymania wadium przez Zamawiającego.

Nadmienił przy tym, że zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, bowiem Gwarant udziela gwarancji w celu osiągnięcia zysku, a zatem przede wszystkim realizacji własnego celu gospodarczego. Weryfikuje zatem szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy, na podstawie czego decyduje o akceptacji gwarancji i kalkuluje opłacalność dokonywanej z nim czynności. Stąd gwarant w dokumencie gwarancji - precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu bierze odpowiedzialność.

Stwierdził, iż w treści tejże gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest bowiem, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie jednego członka konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów.

Zaznaczył, że w treści przedmiotowej gwarancji bankowej jako Wykonawca, z którego udziałem w postępowaniu (złożeniem przez niego oferty) została powiązana odpowiedzialność gwaranta, został oznaczony FCC Tarnobrzeg. Celem gwarancji przedstawionej przez Konsorcjum było zabezpieczenie oferty złożonej przez konkretnego wykonawcę - spółkę FCC Tarnobrzeg.

Tymczasem FCC Tarnobrzeg swojej oferty w postępowaniu nie złożyło, a zatem wobec braku powstania wskazanego w treści gwarancji stosunku podstawowego, w razie skierowania przez Zamawiającego żądania zapłaty w związku z zatrzymaniem wadium (w tym w szczególności w okolicznościach, w których przyczyny takiego zatrzymania będą spowodowane okolicznościami leżącymi po stronie Konsorcjanta - FCC Podhale), gwarant będzie miał możliwość odmówienia zapłaty sumy gwarancyjnej, przeciwstawiając żądaniu Zamawiającego zarzuty bądź to przy wykorzystaniu konstrukcji naruszenia postanowień umowy gwarancyjnej, bądź też za pomocą zarzutu nadużycia przez Zamawiającego celu zabezpieczenia.

Niezależnie od powyższego wskazał, że formalnym wymogiem wypłaty sumy gwarancyjnej przez gwaranta, wynikającym z treści ocenianej gwarancji bankowej było złożenie przez Zamawiającego konkretnych oświadczeń.

Według Odwołującego - wykładnia gwarancji powinna być dokonana w sposób ścisły, nie można więc przypisywać sformułowaniom użytym w gwarancji innego znaczenia niż wynika to z ich dosłownej treści, bowiem

zaostrzona odpowiedzialność gwaranta „na pierwsze żądanie" wymaga ścisłego tłumaczenia przesłanek formalnych.

Dalej argumentował, że w tym kontekście ścisła wykładnia przywołanych postanowień gwarancji musi prowadzić do wniosku, że gwarant objął swoją odpowiedzialnością wyłącznie przypadki zatrzymania wadium wynikające z działań i zaniechać FCC Tarnobrzeg (i to dodatkowo - jak wskazano w niektórych przypadkach - z przyczyn leżących po stronie FCC Tarnobrzeg), nie zaś jakiegokolwiek innego podmiotu, w szczególności FCC Podhale.

Według Odwołującego - jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji bankowej.

Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę/zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę.

W ocenie Odwołującego - powyższych wniosków nie zmienia okoliczność dotycząca solidarnej odpowiedzialności FCC Tarnobrzeg i FCC Podhale za wykonanie obowiązków zabezpieczonych wadium, bowiem odpowiedzialność solidarna uczestników Konsorcjum wobec Zamawiającego pozostaje jedynie cechą stosunku podstawowego, nie wpływającą na ukształtowanie stosunku gwarancji oraz zakres odpowiedzialności gwaranta - to bowiem jest wyznaczone stricte treścią listu gwarancyjnego (dokumentu gwarancji). A treść tego dokumentu nie wskazuje na to, aby gwarant w ogóle miał świadomość, że w stosunku do Zamawiającego za wykonanie obowiązków zagrożonych utratą wadium FCC Tarnobrzeg miałoby odpowiadać solidarnie z jakimkolwiek innymi podmiotem.

Tym samym w świetle postanowień gwarancji – w przekonaniu Odwołującego - nie sposób jest uznać, aby gwarant wystawiając dokumenty gwarancyjne przyjął na siebie odpowiedzialność w stosunku do zamawiającego w zakresie szerszym, niż wprost opisany jako spowodowany działaniami lub zaniechaniami FCC Tarnobrzeg, a nadto „z przyczyn leżących" po stronie FCC Tarnobrzeg (tj. w zakresie obejmującym również działania lub zaniechania FCC Podhale i z przyczyn leżących po stronie tego podmiotu, który w treści gwarancji w ogóle nie został wymieniony).

Podniósł, że w sytuacji gdy zakres warunków zapłaty gwarancji bankowej jest węższy niż ustawowe warunki zatrzymania wadium przez zamawiającego, to gwarancja nie mogłaby być uznana za prawidłowo ustanowione zabezpieczenie uzyskania wadium.

W dniu 4 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. i FCC Podhale Sp. z o.o., zwani dalej Przystępującym zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 4 lutego 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Jednocześnie w piśmie Przystępującego z dnia 5 lutego 2021 r. wnosił on o oddalenie odwołania w całości jako pozbawionego podstaw faktycznych i prawnych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, oferty Przystępującego wraz z załączonym do niej wadium w postaci gwarancji bankowej przetargowej (dot. zam. publ.) Nr GW/006633/20 Warszawa z dnia 17 listopada 2020 roku, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 grudnia 2020 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 4 lutego 2021 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 5 lutego 2021 r. wraz załącznikami, jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 7b w związku z art.45 ust.3 i ust.6 oraz art.46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp,.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z przetargu z powodu braku zabezpieczenia przez niego swojej oferty poprzez niezłożenie wymaganego przez Zamawiającego wadium.

W pierwszej kolejności dla potrzeb rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale IX.9 SIWZ ustanowił następujące wymagania dotyczące wadium:

„9.1.Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości: 40.000,00 PLN (słownie: czterdzieści tysięcy złotych) przed upływem terminu składania ofert.

9.2.Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

1)pieniądzu;

2)poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;

3)gwarancjach bankowych;

4)gwarancjach ubezpieczeniowych;

5)poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 299).

9.3.Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego, tj.: 72 9462 0003 2001 0000 4226 0003.

Na dowodzie wpłaty należy zaznaczyć, jakiego zadania wadium dotyczy. Do oferty należy dołączyć kopię dowodu wpłaty wadium.

9.4.Dokonanie wypłaty zabezpieczonej kwoty nie może być uzależnione od spełnienia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych warunków lub przedłożenia jakichkolwiek dokumentów.

9.5.Zamawiający zwraca wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. Art.46, ust.4a PZP.

9.6.Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

9.7.Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium na wniosek Wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.

9.8.Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust.3, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.

9.9.Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a PZP, 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.

9.10.Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, Zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę.

9.11.W przypadku nie wskazania w ofercie rachunku bankowego, na który należy zwrócić wadium, Zamawiający uzna, że wskazanym rachunkiem bankowym jest rachunek, z którego dokonano przelewu wpłaty wadium.

9.12.Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

1)odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

2)nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3)zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Przystępujący w terminie składania ofert złożył wadium w postaci gwarancji bankowej o następującej treści:

„Gwarancja Bankowa Przetargowa (dot. zam. publ.) Nr GW/006633/20 Warszawa, dnia 17 listopada 2020 roku wystawiona dla: Gmina Dąbrowa Tarnowska ul. Rynek 34 33-200 Dąbrowa Tarnowska Polska ("Beneficjent") My, BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Kasprzaka 10/16, 01-211 Warszawa, zarejestrowany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000011571, posiadający NIP 526-10-08-546 oraz kapitał zakładowy w wysokości 147 418 918 zł w całości wpłacony ("Bank") zostaliśmy poinformowani, że

FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg ("Wykonawca"), ma zamiar złożyć ofertę w ogłoszonym przez Beneficjenta przetargu, którego przedmiotem jest: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrowa Tarnowska w 2021 roku". Mając na uwadze powyższe, bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej do kwoty 40 000,00 PLN (słownie: czterdzieści tysięcy złotych 00/100) na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do Banku, zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych („Ustawa PZP") tj. gdy:

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

2. Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wraz ze wskazaniem, która konkretnie z nich zaistniała.

Niniejsza gwarancja wchodzi w życie w dniu 18 listopada 2020 roku i jest ważna do dnia 21 stycznia 2021 roku. Każda wypłata z niniejszej gwarancji zmniejsza wysokość sumy gwarancyjnej o kwotę dokonanej wypłaty. Pisemne żądanie wypłaty od Beneficjenta, zawierające ww. oświadczenie i wskazujące kwotę żądanej wypłaty w walucie, w której wystawiona została gwarancja, musi zostać doręczone Bankowi w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji za pośrednictwem banku Beneficjenta gwarancji kurierem, listem poleconym lub w formie testowanego komunikatu SWIFT wraz z potwierdzeniem banku Beneficjenta, że żądanie wypłaty wraz z tym oświadczeniem zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń wiążących dla Beneficjenta. W przypadku przesłania żądania w formie testowanego komunikatu przekazanego za pośrednictwem systemu SWIFT bank Beneficjenta powinien dodatkowo potwierdzić w komunikacie, że przesłany komunikat dokładnie oddaje treść żądania wypłaty, a oryginalne żądanie wypłaty zostało przesłane na adres Banku.

Wypłata nastąpi w terminie 14 dni od daty otrzymania przez Bank wezwania w formie określonej powyżej. Jeżeli koniec terminu do złożenia żądania wypłaty z niniejszej gwarancji przypada na sobotę, dzień ustawowo wolny od pracy lub inny dzień, w którym Bank nie prowadzi działalności operacyjnej, wówczas termin ten ulega wydłużeniu do najbliższego dnia, w którym Bank prowadzi działalność operacyjną. Z chwilą zwolnienia Banku przez Beneficjenta na piśmie ze wszystkich zobowiązań wynikających z gwarancji przed upływem terminu jej ważności, odpowiedzialność Banku wynikająca z niniejszej gwarancji ustaje. Uprawnienia z niniejszej gwarancji nie mogą być przenoszone bez pisemnej zgody Banku. Prawem właściwym do rozstrzygania sporów mogących wyniknąć na tle niniejszej gwarancji jest prawo polskie, a sądem właściwym sąd miejscowo właściwy ze względu na adres siedziby Banku. Niniejsza gwarancja została sporządzona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy pomocy kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z warunkami określonymi ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.".

Izba rozpoznając przedmiotową sprawę oparła się ściśle o dyrektywy wynikające z wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 15 lutego 2018 r.
IV CSK 86/17, gdzie Sąd ten przyjął zapatrywanie, że w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie".

Jednocześnie w wyroku tym Sąd Najwyższy wskazał, że rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w KC (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność.

Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada". Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty.

Dalej, Sąd Najwyższy wywodził, że w razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

Według Izby - powyższe stanowisko Sądu Najwyższego jednoznacznie przesądza o tym, że dla oceny skuteczności wniesionego wadium istotne są konkretne okoliczności, w których zostało ono pozyskane przez Przystępującego od gwaranta na rzecz beneficjenta – zamawiającego.

Podobny pogląd prawny został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3208/20.

W przekonaniu Izby - zebrany w sprawie materiał dowodowy dowodzi, że Lider konsorcjum składającego ofertę w tym przetargu FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu został wskazany zarówno w gwarancji bankowej jako wykonawca, a także został wymieniony w ofercie jako jeden z konsorcjantów.

Przy czym nie budzi wątpliwości Izby okoliczność, że wprost wymieniony w powyższej gwarancji przetarg, którego przedmiotem jest: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrowa Tarnowska w 2021 roku" jest tożsamy z przedmiotowym przetargiem, w którym liderem jest FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu.

Poza tym z umowy konsorcjum z dnia 10 listopada 2020 r. pomiędzy FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. - Lider i FCC Podhale Sp. z o.o. - Uczestnik wynika jednoznacznie, że to Lider konsorcjum jest zobowiązany do pozyskania i przedstawienia Zamawiającemu wymaganego wadium oraz jego utrzymania przez cały okres związania ofertą (vide: dowód Przystępującego - § 2 ust.1 lit. b), a także podpisania umowy z Zamawiającym (vide: dowód Przystępującego - § 2 ust.1 lit. d) i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy(vide: dowód Przystępującego - § 2 ust.1 lit. e).

W przypadku naruszenia zobowiązań Lidera konsorcjum według treści przedmiotowej gwarancji bank będzie zobowiązany zgodnie z jej treścią do zapłaty sumy gwarancyjnej do kwoty 40 000,00 PLN na rzecz beneficjenta – Zamawiającego.

Dodatkowo, istotne jest, że zgodnie z § 3 ust. 2 cyt. wyżej umowy Uczestnik konsorcjum zobowiązał się wobec Lidera konsorcjum, że nie będzie składać Zamawiającemu ofert własnych, ani też jako partner innych konsorcjów lub jako podwykonawca w zakresie przedsięwzięcia będącego przedmiotem niniejszej umowy.

Natomiast w myśl § 4 ust.1 powołanej wyżej umowy zarówno Lider konsorcjum, jak i Uczestnik konsorcjum ponoszą wobec Zamawiającego solidarnie odpowiedzialność, tak na etapie postępowania przetargowego, jak i na etapie wykonania przedmiotowego zamówienia.

Izba wzięła również pod uwagę samą wyżej wskazaną treść SIWZ, gdzie Zamawiający nie określił żadnych wymagań odnośnie treści gwarancji wadialnej w zakresie ewentualnego obowiązku wniesienia przez Przystępującego dokumentu wadialnego, w którym muszą być wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum.

Jeżeli zatem, strony powyższej umowy ustaliły, że to Lider Konsorcjum będzie realizował w zasadzie wszystkie czynności w tym samym przetargu, a także biorąc pod uwagę okoliczność, że Zamawiający nie ustanowił szczególnych wymagań w SIWZ, co do tego jakie podmioty z konsorcjum mają być wymienione w gwarancji bankowej, to – zdaniem Izby – nałożenie na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. i FCC Podhale Sp. z o.o. nieprzewidzianego obowiązku byłoby nadmierne i nie miałoby dostatecznego uzasadnienia prawnego.

Ostatecznie, o prawidłowości rozumowania Izby, przesądza również treść pisma z dnia 14 stycznia 2021 r. BNP Paribas Bank Polska S.A. podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli banku (vide: pełnomocnictwa z dnia 12 listopada 2020 r. i 9 grudnia 2020 r.), w którym ten uznaje, iż beneficjent gwarancji jest uprawniony…, także wtedy gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu konsorcjanta - FCC Podhale Sp. z o.o…

Wymaga również zauważenia, że bank w treści samej gwarancji nie uczynił zastrzeżenia, że odmówi zapłaty, w przypadku, gdy oferta zostanie złożona przez konsorcjum z innym podmiotem.

Oceny Izby w powyższym zakresie nie zmieniają przedstawione przez Odwołującego dowody(vide: pisma z dnia 26 listopada 2020 r. i gwarancja bankowa) z tego powodu, że dotyczą innych podmiotów i innego przetargu, a oświadczenie banku jedynie potwierdza prawidłowość wystawionej gwarancji i nie odnosi się do sytuacji odmowy zapłaty beneficjentowi, gdyby wykonawcą było konsorcjum.

Reasumując, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia przedmiotowej oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt 7b) ustawy Pzp z tego powodu, że wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie jest okoliczność, że wadium zostało wniesione przez Przystępującego w terminie, lecz – według Odwołującego w sposób nieprawidłowy.

Przedstawione wyżej uzasadnienie – w opinii Izby – nie potwierdziło, że wniesione przez Odwołującego wadium jest nieprawidłowe.

Dalej, Izba stwierdziła, że Odwołujący błędnie przytoczył inne podstawy prawne zarzutów odwołania.

Przede wszystkim należy wskazać, że stosownie do art.45 ust.3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, zaś ust. 6 tego przepisu stanowi, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu;

2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;

3) gwarancjach bankowych;

4) gwarancjach ubezpieczeniowych;

5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2018 r. , , i).

Ustalenia Izby wskazują, że wadium zostało wniesione w terminie, w jednej z form wyżej wymienionych (gwarancja bankowa), a wobec tego przytoczone przez Odwołującego przepisy prawa nie mogą mieć zastosowania.

Chybiony jest również zarzut Odwołującego oparty o treść przepisu art.46 ust.4 a ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w , z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w , oświadczenia, o którym mowa w , pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w , co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej, a także zarzut oparty o ust.5 tego przepisu, w myśl którego Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie nie zaistniały jeszcze sytuacje objęte dyspozycją powyższych przepisów prawa, wobec czego zarzuty te nie mogą zostać uznać za trafne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:……

……..

……..