Sygn. akt KIO 3208/20

WYROK
z dnia 22 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Dezako Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy; Gminę Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie; Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie**;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Sędziszów Małopolski**;
przy udziale wykonawcy: **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dezako Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy; Gminę Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie; Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża zamawiającego, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Rzeszowie.**

Przewodniczący:……..……..……

Członkowie: ……..……..……

……..……..……

Sygn. akt KIO 3208/20

UZASADNIENIE

Gmina Sędziszów Małopolski - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych na wszystkich nieruchomościach zamieszkałych, położonych w granicach administracyjnych gminy Sędziszów Małopolski w 2021 r."; numer referencyjny PPiZP.271.20.2020 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

W dniu 30 września 2020 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 190-459256.

W dniu 4 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Dezako Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy; Gminę Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie; Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie** (dalej „odwołujący"), zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp", wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania zamawiającego, podjęte w postępowaniu polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo braku podstaw do jej odrzucenia.

Zaskarżonej odwołaniem czynności zamawiającego zarzucił naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w związku z art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że gwarancja bankowa przetargowa nr 69 1020 4391 0000 6596 0061 4271 wystawiona przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. 30 października 2020 r., którą odwołujący przekazał zamawiającemu tytułem wadium, „została wniesiona przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy", podczas gdy gwarancja ta jest w pełni prawidłowa (w szczególności zgodna z wymogami SIWZ i powszechnie przyjętą praktyką), które to ustalenia zamawiającego skutkowało z kolei sprzecznym z prawem odrzuceniem oferty odwołującego.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności zamawiającego z 24 listopada 2020 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, przeprowadzenia oceny ofert przy uwzględnieniu oferty odwołującego, jako nieodrzuconej oraz jej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto wniósł o przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 18.600,00 zł., na którą składa się: 15.000,00 zł. tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego i 3.600,00 zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (adwokata) reprezentującego odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący zastrzegł sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu na posiedzenie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że DEZAKO Sp. z o.o., Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie i Gminn Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. zawarły
29 października 2020 r. umowę konsorcjum, w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. DEZAKO Sp. z o.o. została wyznaczona jako Lider Konsorcjum, Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie oraz Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. udzieliły także DEZAKO Sp. z o.o pełnomocnictw
do ich reprezentowania w postępowaniu, w tym złożenia oferty, wniesienia wadium, a także m.in. do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej, w szczególności wnoszenia skarg i odwołań. Co istotne, w § 1 ust. 2 umowy konsorcjum strony wyraźnie postanowiły, że ponoszą wobec zamawiającego solidarną odpowiedzialność za należyte wykonanie obowiązków
w ramach zamówienia, co nie wyklucza wzajemnych roszczeń regresowych pomiędzy stronami. Ponadto, w § 1 ust. 3 umowy konsorcjum postanowiono, że wadium zostanie złożone w imieniu konsorcjum przez Dezako Sp. z o.o., przy czym w ramach wewnętrznych rozliczeń każda ze stron poniesie koszty wniesienia wadium solidarnie.

Odwołujący zabezpieczył swoją ofertę wadium wniesionym w formie gwarancji bankowej opiewającej na kwotę 30 000,00 zł. Gwarancja nr: 69 1020 4391 0000 6596 0061 4271 została wystawiona 30 października 2020 r. przez PKO Bank Polski S.A.

Pismem z 24 listopada 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że złożona gwarancja bankowa została wystawiona wyłącznie na spółkę Dezako Sp. z o.o., tj. Lidera Konsorcjum, co w ocenie zamawiającego nie spełniało wymagań dotyczących wadium wnoszonego
w ramach postępowania. W ocenie odwołującego odrzucenie jego oferty wynika z błędnego stwierdzenia przez zamawiającego, że gwarancja bankowa wystawiona „na" jeden
z podmiotów (na jego zlecenie i odnosząca się w treści do niego) ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum nie spełnia wymogów dotyczących wnoszenia wadium
w postępowaniu. Zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, wadium może zostać wniesione m.in. w formie gwarancji bankowej. Beneficjentem gwarancji, czyli tzw. wierzycielem gwarancyjnym, jest co do zasady podmiot uprawniony do uzyskania świadczenia gwarancyjnego (wypłaty sumy gwarancyjnej) od banku w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, łączącego beneficjenta ze zleceniodawcą gwarancji. Zleceniodawcę gwarancji łączy z beneficjentem gwarancji stosunek podstawowy, to on zleca bankowi udzielenie gwarancji w celu zabezpieczenia wierzytelności istniejącej pomiędzy nim a beneficjentem gwarancji i od jego zachowania zależeć będzie spełnienie się warunków wypłaty gwarancji. Bank, wystawiając gwarancję, zaciąga zobowiązanie wobec beneficjenta
o charakterze abstrakcyjnym.

Zwrócił uwagę, że de lege lata żaden z przepisów ustawy Pzp nie wskazuje szczególnych wymagań dotyczących treści gwarancji wnoszonej przez konsorcjantów,
i jak słusznie wskazuje KIO w wyroku z 25 marca 2019 r. (KIO 392/19)nie jest konieczne wymienienie w dokumencie gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, który ustala wymagania dotyczące wadium w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się
o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób w tym, aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum.

Zamawiający w SIWZ wśród wymogów dotyczących treści gwarancji wadialne nie wskazał obowiązku wymienienia wszystkich konsorcjantów, ani też w inny sposób nie zastrzegł szczególnych wymagań dotyczących składania wadium w przypadku, gdy kilku wykonawców wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku odrzucenie oferty odwołującego pozostaje w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jakimi są zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Z wymogu przejrzystości wynika obowiązek kształtowania zapisów SIWZ w sposób, który umożliwi wykonawcom zainteresowanym udzieleniem na ich rzecz zamówienia - złożenia oferty, która będzie prawidłowa. Przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzonych przez zamawiającego należy przyjmować wykładnię względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto, ze względu
na zasady ogólne wyrażone w art. 7 ustawy Pzp, interpretacja taka nie powinna prowadzić
do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców w oparciu o warunki, które nie zostały jednoznacznie wskazane w treści SIWZ, a także niewynikające z powszechnie obowiązującego prawa. Skoro więc celem zamawiającego było uzyskanie gwarancji bankowej, której treść wskazywałaby na wszystkich członków konsorcjum (chociaż, w ocenie odwołującego, taki wymóg pozostaje w sprzeczności z ukształtowanym w ustawie Pzp modelem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz charakterem prawnym gwarancji bankowej), to powinien był to wyartykułować w treści SIWZ. Zgodnie natomiast z aktualnym orzecznictwem KIO, brak wyraźnych wytycznych dotyczących treści gwarancji bankowej w SIWZ oznacza, że w tym zakresie zamawiający pozostawił wykonawcy swobodę (zob. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2175/19). Ponadto, zdaniem odwołującego, skoro treść gwarancji bankowej budziła wątpliwości zamawiającego - winien on wezwać go do złożenia wyjaśnień na podstawie
art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Dalej odwołujący argumentował, że z orzecznictwa KIO jednoznacznie wynika,
że członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie również za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, wobec czego solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, w której zawarcie umowy
w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera (art. 141 ustawy Pzp oraz art. 370 k.c.
w zw. z art. 366 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Z powyższych regulacji wynika, że złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców
jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia

w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (zob. wyrok KIO z 5 marca 2015 r., sygn. akt KIO 336/15). Natomiast w wyroku z 25 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 969/15) Izba wskazała, że w umowie konsorcjum zastrzeżono solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum za wspólne złożenie oferty, w tym za jej przygotowanie, a więc i za zabezpieczenie jej wadium, co oznacza, że treść gwarancji bankowej prawidłowo zabezpiecza interes zamawiającego. Solidarną odpowiedzialność konsorcjantów za zobowiązania, które zabezpiecza wadium, potwierdził również Sąd Najwyższy w wyroku z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17) Świadczy o tym fakt, że przedmiot obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), stanowią świadczenia niepodzielne, a ponadto wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie składają jedną ofertę na jedno zamówienie. Z kolei w wyroku KIO z 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 818/20, jednoznacznie wskazano, że prawidłowo umocowany pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, podobnie jak każdy inny członek tego konsorcjum, ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum, które mogą być powodem zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium.

Ponadto odwołujący wskazał, że wyżej przytoczony wyrok Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17) miałprzełomowe znaczenie i uporządkował rozbieżności występujące w orzecznictwie i piśmiennictwie, dotyczące zasad wnoszenia gwarancji wadialnej przez wykonawców działających w ramach konsorcjum. Co istotne, Sąd Najwyższy jednoznacznie wskazał, żegwarancja wadialna wystawiona po zawiązaniu konsorcjum wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego stanowi skuteczne zabezpieczenia oferty wspólnej i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu. W ocenie Sądu Najwyższego, jeżeli jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp). Wówczas należy rozważyć w oparciu o art. 65 k.c., 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”. Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego zostało przyjęte w licznych orzeczeniach KIO (zob. wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 818/20; wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2503/19), a także spotkało się z aprobatą dominującej części doktryny (zob. M. Jaworska, Komentarz do art. 45 [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis/el; M. Sieradzka,Komentarz do art. 45 [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis/el).

Odwołujący, przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy podkreślił, że w § 1 ust. 2 umowy konsorcjum strony wyraźnie postanowiły, że ponoszą wobec zamawiającego solidarną odpowiedzialność za należyte wykonanie obowiązków w ramach zamówienia, natomiast w § 1 ust. 3 umowy konsorcjum postanowiono, że wadium zostanie złożone w imieniu konsorcjum przez Dezako Sp. z o.o. Ponadto, na podstawie udzielonych pełnomocnictw to Dezako Sp. z o.o. została umocowana do złożenia oferty, wniesienia wadium i wyłącznego składania oświadczeń woli w imieniu konsorcjum. W okolicznościach tej sprawy zatem to właśnie działania (a ściśle zaniechania) Dezako Sp. z o.o. w postępowaniu mogłyby skutkować realizacją przez zamawiającego gwarancji bankowej stanowiącej wadium (innymi słowy, niezależnie od pozostałych kwestii, przedmiotowa gwarancja odnosząc się do wykonawcy w pełni zabezpieczała interes zamawiającego, któremu wadium służy).

Wątpliwości, zdaniem odwołującego, nie budzi także jednoznaczna treść gwarancji bankowej wniesionej przez wykonawcę, w której Bank zobowiązał się do nieodwołalnego i bezwarunkowego dokonania na rzecz Beneficjenta płatności kwoty 30 000,00 zł. na pisemne, pierwsze żądanie wypłaty zamawiającego stwierdzające, że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w treści gwarancji. Mając natomiast na uwadze wytyczne sformułowane przez Sąd Najwyższy w wyroku z 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17 powtórnie podkreślił, że zamawiający nie określił w SIWZ żadnych szczególnych wymogów dotyczących składania zabezpieczenia, gdy o zamówienie publiczne będzie się ubiegało kilku wykonawców, wspólnie składających ofertę. W szczególności, w SIWZ nie określono, aby w razie wniesienia gwarancji bankowej konieczne było wymienienie wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. W aktualnym orzecznictwie KIO wskazuje się, że dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. W szczególności konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta okoliczności, których zaistnienie będzie uprawniało zamawiającego do żądania zapłaty określonej sumy pieniężnej. W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności, w których ziści się gwarancja, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej w gwarancji sumy pieniężnej. Treść gwarancji wadialnej powinna być na tyle precyzyjna i wyczerpująca, czytelna oraz jasna, by zapewnić, że jej realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez gwaranta wykładni, ponieważ konieczność dokonania takiej wykładni nie daje zamawiającemu pewności co do skuteczności wypłaty wadium (zob. wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 44/19).

Podkreślił również, że z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, wynika obowiązek stosowania przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum. Konsorcjum traktowane jest jako jeden wykonawca, a skoro obowiązki nałożone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, to odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca na mocy art. 23 ust. 3 ustawy Pzp (tak w wyroku KIO z 30 września 2014 r., sygn. akt KIO 1897/14, KIO 1899/14, LEX nr 1541294). Jak wskazano z kolei w wyroku KIO z 18 lipca 2016 r. (sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16, LEX nr 2147653): W świetle przepisów art. 23 ustawy Pzp gwarancje wadialne opisywane w treści odwołań i złożone w takich okolicznościach faktycznych, jak tam podawane, dotyczą wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wyrażając się ściślej: obejmują i zabezpieczają wszystkie przypadki przepadku wadium opisane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, niezależnie od tego,

czy wykonawca składał następnie ofertę samodzielnie czy wspólnie z innymi podmiotami. Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca.

Wobec powyższego, złożenie gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z członków konsorcjum, który zarazem jest należycie umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych konsorcjantów, co wynika z treści oferty, umowy konsorcjum oraz dołączonego pełnomocnictwa, jest prawidłowe. W takim przypadku brak wskazania występowania wykonawców w ramach konsorcjum oraz ich wymienienia w treści gwarancji nie stoi na przeszkodzie uznania wniesienia wadium za prawidłowe
i zabezpieczające w sposób pełny interesy zamawiającego. Lider Konsorcjum, jako pełnomocnik, odpowiada za zaniechanie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Działając w imieniu pozostałych członków odpowiada także za niewniesienie zabezpieczenia wykonania umowy i niezłożenie właściwych oświadczeń. Pozostali członkowie konsorcjum nie są uprawnieni do działania przy zawieraniu umowy, zatem ich zachowanie nie podlega ocenie przez zamawiającego ani przez bank udzielający gwarancji.

Ponadto, gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, w ramach którego gwarant (bank - wystawca gwarancji) zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji (w tym przypadku zamawiającego) w przypadku spełnienia przesłanek w treści gwarancji wskazanych. W żadnym razie zobowiązanym z gwarancji nie jest wykonawca zlecający wystawienie gwarancji i po wystawieniu gwarancji nie ma on żadnych podmiotowych uprawnień do wpływania na treść czy realizację zobowiązań gwarancyjnych. Wykonawcę z bankiem łączy inny stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego bank-gwarant zobowiązał się wystawić gwarancję na rzecz zamawiającego-beneficjenta gwarancji. Nie istnieje również żaden węzeł zobowiązaniowy łączący w ramach gwarancji wykonawcę z zamawiającym, tzn. z tytułu złożonej mu gwarancji wadialnej zamawiający nie ma żadnych roszczeń do wykonawcy. Po wystawieniu zleconej przezeń gwarancji i jej przekazaniu zamawiającemu, od wykonawcy zależy jedynie powstanie okoliczności faktycznych opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, warunkujących zapłatę wadium i ocenianych w świetle uregulowań ustawy Pzp, po których zaistnieniu zamawiający będzie mógł domagać się od wystawcy gwarancji sumy gwarantowanej. Odnosząc powyższe do konstrukcji kwestionowanej gwarancji wadialnej i dominującego kształtu gwarancji występujących w obrocie, wskazać można, iż działający w dobrej wierze i zgodnie dobrymi obyczajami kupieckimi obowiązującymi w stosunkach danego rodzaju, bank-gwarant nie będzie miał żadnych podstaw do odmówienia płatności z tytułu gwarancji, gdy zamawiający złoży mu żądanie i oświadczenie, o których mowa w treści gwarancji.

Ponadto na marginesie wskazał także, iż w tego typu gwarancjach przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest wcale wystąpienie okoliczności, o których mowa
w przepisach ustawy Pzp, ale złożenie przez zamawiającego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły. To właśnie oświadczenie beneficjenta jest w tym przypadku dokumentem, o którym mowa w art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, na podstawie którego następuje wypłata świadczenia pieniężnego z tytułu gwarancji (zob. wyrok KIO z 30 września 2014 r., sygn. akt KIO 1897/14).

Ponadto odwołujący zauważył, że gwarancja bankowa nie jest zobowiązaniem akcesoryjnym. Zlecenie udzielenia gwarancji kreuje odrębny stosunek pomiędzy bankiem
i zamawiającym, a zatem nie zachodzi konieczność tożsamości podmiotowej w obu stosunkach „zamówieniowym" i „gwarancyjnym". Bank jest zobligowany zapłacić sumę gwarancyjną (wadium), gdy spełnią się przesłanki określone w art. 46 ust 4a oraz 5 ustawy Pzp, bez konieczności oceny, kto z członków konsorcjum odpowiada za poszczególne zaniechania. W konsekwencji wadium wniesione przez wykonawcę w postępowaniu było więc prawidłowe i skuteczne. Podnoszone przez zamawiającego twierdzenie, jakoby wniesiona gwarancja nie dawała pewności w zrealizowaniu przez bank wadium w sytuacji, gdyby roszczenie ze strony zamawiającego wyniknęło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosiłby członek Konsorcjum nie wymieniony w treści gwarancji, jest bezpodstawne
i zasługuje na dezaprobatę. Odrzucenie oferty odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy było bezprawne, a z uwagi na złożenie jedynie dwóch ofert w postępowaniu, z których odrzucona oferta wykonawcy była korzystniejsza dla zamawiającego, ma wpływ na wynik postępowania.

Ponadto, odwołujący zauważył, że przepisy ustawy Pzp wskazują na zamknięty katalog przyczyn odrzucenia oferty wykonawcy. Przepisy te winny być wykładane w sposób ścisły, gdyż zamykają one drogę dalszego udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, gdy wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Uznać należy, że nieprawidłowy jest taki sposób wniesienia wadium, który nie zabezpiecza oferty przez cały czas związania ofertą i w wymaganej wysokości, na warunkach wskazanych
w SIWZ (tak: W. Dzierżanowski, Gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa jako wadium, M.Zam.Pub. 2019/5/14-20). Przedstawiona przez odwołującego argumentacja, dotycząca charakteru prawnego konsorcjum i wynikającej z niej solidarnej odpowiedzialności
za zobowiązania konsorcjantów oraz odnosząca się do odpowiedniego stosowania przepisów o wykonawcach do wszystkich członków konsorcjum, a także charakteru prawnego gwarancji bankowej, jako zobowiązania abstrakcyjnego i bezwarunkowego, świadczą o prawidłowości wniesienia wadium, stąd decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego nie znajduje uzasadnienia prawnego. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, w związku z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp jest w pełni zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, w dniu 7 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie
z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania
do złożenia przystąpienia. W dniu 9 grudnia 2020 r. wykonawca: **FBSerwis Karpatia**
Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ,treścią oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, w tym treścią gwarancji bankowej przetargowej z 30 października 2020 r. złożonej jako wadium w niniejszym postępowaniu, po zapoznaniu się z treścią odwołania, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie
do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących

odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i ubiega się
o zamówienie. Wskutek sprzecznej z prawem czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo tego, że odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert, stracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Gdyby zatem zarzuty odwołującego potwierdziły się, miałby on możliwość uzyskania zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania
o zamówienie publiczne, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez odwołującego, w tym z treści gwarancji bankowej wystawionej przez PKO Bank Polski w dniu 30 października 2020 r., stanowiącej wadium złożone przez odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia, zgodnie z pkt IV SIWZ dotyczy odbioru
i zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości zamieszkałych, położonych w granicach administracyjnych Gminy Sędziszów Małopolski, w 2021 r.

Ponadto ustalono, że zamawiający w pkt IX SIWZ określił wymagania dotyczące wadium. Zgodnie z ust. 3 przewidziano, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: (1) pieniądzu: przelewem na rachunek bankowy zamawiającego: Bank Spółdzielczy w Sędziszowie Małopolskim nr rachunku: 83 9172 0003 0000 0491 2000 0020 (decyduje data wpływu na rachunek bankowy Zamawiającego). Wadium wniesione
w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym. Na dowodzie przelewu należy zaznaczyć, jakiego przetargu i której części dotyczy wadium. Jeżeli wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część, zobowiązany jest zabezpieczyć wadiami oddzielnie oferty na każdą składaną część. (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 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz. U. z dnia 2007 r. nr 42, poz. 275 z późn. zm.). Ponadto, zgodnie z ust. 6: W przypadku wnoszenia wadium w formach, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 ustawy Pzp, wymagane jest załączenie do oferty oryginalnego dokumentu gwarancji/ poręczenia w formie elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia. Oryginał gwarancji/ poręczenia powinien być dołączony do oferty w sposób umożliwiający jego zwrot zgodnie z ustawą Pzp (tzn. w osobnym pliku). Z kolei warunki dotyczące treści gwarancji, zostały opisane w pkt IX ust. 7 SIWZ. Zamawiający żądał, aby treść gwarancji zabezpieczała skuteczność żądania jego wypłaty w sytuacji, kiedy na skutek działań wykonawcy, zajdą przesłanki powodujące zatrzymanie wadium. Ponadto zgodnie z pkt IX ust. 8 z treści gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 ustawy Pzp musi wynikać bezwarunkowe, nieodwołalne i na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, zobowiązanie gwaranta do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty określonej w gwarancji:
(i) jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
(ii) jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp,
z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży 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 wyrazi zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowoduje brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Dalej Izba ustaliła, że odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, zabezpieczając
ją wadium wniesionym w formie gwarancji bankowej opiewającej na kwotę 30 000,00 zł. Gwarancja nr: 69 1020 4391 0000 6596 0061 4271 została wystawiona 30 października
2020 r. przez PKO Bank Polski S.A. W jej treści, jako Beneficjenta wymieniono zamawiającego - Gminę Sędziszów Małopolski. W treści złożonego zabezpieczenia Bank wskazał:Zostaliśmy poinformowani przez naszego Klienta - Dezako Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
ul. Kościuszki 30, 39-200 Dębica (zwanego dalej „Wykonawcą"), że w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), (zwanej dalej „PZP"), przetargiem nieograniczonym, znak sprawy: PPiZP.271.20.2020, pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych na wszystkich nieruchomościach zamieszkałych, położonych w granicach administracyjnych Gminy Sędziszów Małopolski w 2021 r.", w którym wysokość wadium wynosi PLN 30.000,00, Wykonawca ma zamiar złożyć Beneficjentowi swoją ofertę (zwaną dalej „Ofertą").

Dalej Bank wskazał, że działając na zlecenie Wykonawcy, gwarantuje niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonanie na rzecz Beneficjenta płatności do łącznej kwoty: PLN 30.000,00 (słownie: PLN trzydzieści tysięcy, 00/100), na pierwsze pisemne, żądanie wypłaty Beneficjenta, podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta, zawierające numer gwarancji, wysokość żądanej kwoty oraz oświadczenie (zwane dalej „Oświadczeniem"), stwierdzające, że Wykonawca: (1) nie zastosował się do warunków Oferty i pomimo uznania jego Oferty za najkorzystniejszą: (a) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub (b) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie, lub (c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub (2) 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 PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 PZP, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki,
o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania Oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Pismem z 24 listopada 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że złożona gwarancja bankowa została wystawiona wyłącznie na spółkę Dezako Sp. z o.o., tj. Lidera Konsorcjum, co w ocenie zamawiającego nie spełniało wymagań dotyczących wadium wnoszonego w ramach postępowania. W uzasadnieniu ww. pisma zamawiający przywołał orzeczenia Sądu Najwyższego oraz orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, że złożony dokument nie zabezpiecza zamawiającego, a tym samym jest nieprawidłowy.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą decyzją zamawiającego, składając odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

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

Podstawą zarzutu odwołania i istotą sporu w niniejszej sprawie jest fakt, że w treści dokumentu gwarancji wadialnej jako klient wymieniony jest jeden wykonawca, Lider Konsorcjum tj. Dezako Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy, co w ocenie odwołującego
w okolicznościach niniejszej sprawy jest wystarczające do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, na przestrzeni ostatnich lat można dostrzec przeciwstawne stanowiska dotyczące prawidłowości wniesienia przez konsorcjum gwarancji wadialnej, w której treści nie zostali wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum, ale jak to ma miejsce w niniejszej sprawie - jeden z członków konsorcjum. Kwestia stanowiąca istotę sporu zaistniałego w niniejszej sprawie była również przedmiotem wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17). Sąd Najwyższy rozstrzygając spór w przedmiocie wadium złożonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia podkreślił, że takie można uznać
za prawidłowe i wystarczające jedynie wówczas, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który
z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do aktualizacji przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Dalej zauważył, że decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta ma całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c. W powołanym wyroku Sąd Najwyższy zaakcentował również, 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 dokumencie przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie winna mieć wykładnia zastrzeżenia
„z przyczyn leżących po jego stronie", o którym mowa zarówno w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak i w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując: „Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (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".

Jak wynika z powyższego, w powołanym wyroku Sąd Najwyższy nie przesądził ani
o prawidłowości, ani o wadliwości wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w treści której wskazany został jedynie jeden z członków konsorcjum, lecz uznał,
iż przedmiotowa okoliczność winna być rozstrzygana ad casum, poprzez całościowe badanie treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 k.c. Wniesienie wadium można natomiast uznać za prawidłowe wówczas, jeżeli gwarancja daje zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium, niezależnie od tego, który
z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się tych przesłanek - wówczas wadium spełni swoją zabezpieczającą rolę.

Zaznaczyć należy, że chociaż w stanie faktycznym sprawy stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to jednak, jak wynika z uzasadnienia wyroku, stanowisko to może zostać odniesione również do wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej. Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej, „należy uznać, że w tym względzie co do zasady miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej" i w uzasadnieniu wyroku odwoływał się do dorobku wypracowanego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe.

Odnosząc argumentację przedstawioną powyżej do okoliczności niniejszej sprawy, Izba uznała, że wadium zostało wniesione przez odwołującego w sposób prawidłowy. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, zawartym w informacji o odrzuceniu oferty, jak też stanowisku prezentowanemu podczas rozprawy - nie sposób stwierdzić, że gwarancja wadialna nie zapewniała zamawiającemu możliwości skutecznej realizacji roszczeń z tego powodu, że Bank - Gwarant nie posiadał wiedzy na temat tego, że Dezako Sp. z o.o. będzie składał ofertę jako jeden z uczestników Konsorcjum, czy chociażby jako upoważniony pełnomocnik Konsorcjum.

Jak już wcześniej wskazano, dla oceny prawidłowości wniesionego wadium kluczowe znaczenie ma treść gwarancji wadialnej, ustalona przez gwaranta na wniosek wykonawcy,
z której należy wnioskować, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17 o skutkach prawnych złożonego w tej formie, zabezpieczenia oferty. Niesporne w omawianym stanie faktycznym jest, że w treści gwarancji wadialnej, jako klienta wymieniono Dezako Sp. z o.o., który został ustanowiony Liderem Konsorcjum, działającym w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W świetle treści dokumentu niesporne jest także określenie przedmiotu zamówienia, kwota wadium oraz przesłanki nieodwołalnej, bezwarunkowej i bezzwłocznej zapłaty kwoty wadium na rzecz beneficjenta (zamawiającego) na pisemne żądanie, na zasadach określonych w dokumencie. Wskazane przesłanki zapłaty odpowiadają w całości wymienionym w przepisie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, mimo nie powołania wprost tego przepisu, wobec zacytowania w całości postanowień wskazanych artykułów ustawy Pzp.

Odnosząc się do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Najwyższego zauważenia wymaga również, że

zamawiający w SIWZ nie przesądził, że w przypadku gdy o zamówienie publiczne będzie się ubiegało kilku wykonawców, wspólnie składających ofertę, wadium składane przez nich w postaci: poręczeń bankowych, poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych czy poręczeń 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 (Dz. U. z 2007 r. Nr 42 poz. 275 ze zm.) winno spełniać dodatkowe, szczególne wymagania. Oznacza to, że w tej kwestii zamawiający pozostawił pewną swobodę wykonawcom. W szczególności w SIWZ nie określono, że w dokumentach tych konieczne jest wymienienie wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Jednocześnie, wobec braku szczególnych uregulowań w SIWZ w tym zakresie, do czego zamawiający jest uprawniony wobec treści art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, również przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają wymagań, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby w treści zabezpieczenia jakim jest wadium składane w innej formie niż pieniężna, były wymienione wszystkie podmioty tworzące Konsorcjum. Zamawiający takich szczególnych wymogów nie ustanowił, jednocześnie dopuszczając możliwość składania ofert przez kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (Pkt VII SIWZ).

W ocenie składu orzekającego, w niniejszej sprawie, kluczowe zatem dla oceny prawidłowości dokumentu w postaci gwarancji, ma okoliczność czy spełnia ona swoją podstawową funkcję, a zatem czy daje możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanek wskazanych w treści dokumentu, a wynikających z przepisów ustawy Pzp. Na postawione w ten sposób pytanie należy odpowiedzieć twierdząco z następujących powodów.

Z treści złożonej gwarancji wynika, że klientem banku jest jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wyłącznie z faktu, że pozostali wykonawcy nie zostali wymienieni wprost w treści dokumentu wywiódł, że przez wykonawcę rozumieć należy tylko ten podmiot - Dezako Sp. z o.o. W konsekwencji uznał także, że w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania wypłaty wadium, występujące po stronie dwóch pozostałych członków konsorcjum, nie zostały objęte przedmiotową gwarancją. W ocenie Izby tylko z faktu, że jako klient, w treści gwarancji wymieniony został wyłącznie Dezako Sp. z o.o. nie przesądza, że w przypadku, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - Bank, w świetle postanowień gwarancji, odmówi wypłaty kwoty ustalonej tytułem wadium. W zakresie możliwości zaspokojenia się zamawiającego z omawianej gwarancji wadialnej należy stwierdzić, że wskazanie w niej tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dyskwalifikuje gwarancji i możliwości zaspokojenia się z niej przez zamawiającego w przypadku zaistnienia którejkolwiek z sytuacji, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w tych przepisach, odnoszą się do wykonawcy. Jednak, co wymaga podkreślenia, w świetle art. 23 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do tych wykonawców (tak też m.in. w wyroku z dnia 4 listopada 2014 r., KIO 2182/14).

W okolicznościach niniejszej sprawy zwrócić należało również uwagę, że z treści umowy konsorcjum, zawartej 29 października 2020 r. pomiędzy: (1) Dezako Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy; (2) Gminą Ostrów - Zakładem Usług Komunalnych w Ostrowie; (3) Gminnym Zakładem Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie wynika, że zamierzają oni wspólnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto, w ramach podziału obowiązków pomiędzy Lidera Konsorcjum - Dezako Sp. z o.o. a pozostałymi członkami Konsorcjum przewidziano, że to lider Konsorcjum złoży zamawiającemu wadium w przetargu, przy czym zaznaczono, że w ramach wewnętrznych rozliczeń każda ze stron umowy poniesie koszty wniesienia wadium solidarnie (§ 1 ust. 3 umowy). Ponadto z § 2 ust. 1 umowy Konsorcjum, wynika, że strony ustanowiły Lidera pełnomocnikiem, w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu, w przypadku gdy jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, wykonawcy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne, mają obowiązek wskazać spośród siebie ten podmiot, który będzie ich reprezentował w postępowaniu lub reprezentował w postępowaniu i zawrze w ich imieniu umowę. Takie też pełnomocnictwo do działania i zawarcia kontraktu, w tym wykonywania wszelkich czynności w postępowaniu, uzyskał Lider - Dezako Sp. z o.o. Przyjąć zatem należy, że udzielenie przedmiotowego pełnomocnictwa, dokonane przed terminem wystawienia gwarancji bankowej (data gwarancji - 30 października 2020 r.) upoważnia Lidera, także wobec banku, odpowiednio do reprezentowania Konsorcjum i pozyskania wadium (stanowi o tym wprost zapis w § 1 ust. 3 umowy).

Z kolei, wbrew stanowisku zamawiającego, treść i data pełnomocnictwa załączonego do oferty (6 listopada 2020 r.) nie mają wpływu na ocenę przedmiotowych zarzutów. Z treści pełnomocnictwa nie wynika w żaden sposób, że w chwili zawierania umowy gwarancji bankowej tj. w dniu 30 października 2020 r. Lider nie był prawidłowo umocowany wobec banku do działania w imieniu Konsorcjum i tym samym, że działanie Lidera nie zmierzało do pozyskania zabezpieczenia oferty składanej wspólnie przez wszystkie podmioty. Pełnomocnictwo niniejsze zostało złożone, wraz z ofertą, zgodnie z instrukcją, którą zawarł zamawiający w treści SIWZ. Zgodnie z pkt 4 SIWZ zamawiający żądał bowiem, aby w przypadku, gdy wykonawcy będą wspólnie ubiegali się o zamówienie - ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wypełnił zatem ciążący na nim obowiązek, wynikający z przepisów ustawy Pzp, oraz wykonał go zgodnie z instrukcją zamieszczoną w SIWZ. Nie miał jednak obowiązku przedłożenia, na etapie składania oferty, umowy Konsorcjum celem potwierdzenia, że w chwili gdy zawierana była umowa gwarancji - Lider Konsorcjum posiadał stosowne umocowanie do działania w imieniu wszystkich ubiegających się o zamówienie podmiotów.

Ponadto należy także zauważyć, że zgodnie z art. 81 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz. U. z 2020 r., poz. 1896) 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 czy to bezpośrednio, lub też za pośrednictwem innego banku. Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności. Istotę gwarancji

bankowej zaprezentował między innymi Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 7 sierpnia 2013 r., sygn. akt I ACa 311/13 zwracając uwagę, że gwarancja bankowa, zdefiniowana w art. 81 ustawy Prawo bankowe funkcjonuje w obrocie gospodarczym jako zabezpieczenie wierzytelności, charakteryzujące się wysokim stopniem pewności jego realizacji. Na udzielenie gwarancji bankowej składają się dwa stosunki prawne. Pierwszy powstaje pomiędzy bankiem, a podmiotem zlecającym udzielenie przez bank gwarancji. Dochodzi tutaj do zawarcia umowy zlecenia, w której bank zobowiązuje się do zawarcia umowy gwarancji. Z kolei istotą tej drugiej umowy jest jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta), że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty bank ten wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz. Wierzytelność z gwarancji bankowej powstaje z chwilą przyjęcia przez beneficjenta oświadczenia gwaranta. Jest to wierzytelność przyszła, wymagalna z chwilą niewykonania oznaczonego w gwarancji świadczenia. Treścią zobowiązania banku (wobec beneficjenta) jest zatem odpowiedzialność na wypadek, gdyby dłużnik główny nie spełnił świadczenia. Należy przy tym podkreślić, że cechą gwarancji bankowej nie jest przejęcie zobowiązań dłużnika, lecz przejęcie ryzyka określonej transakcji. W świetle powyższego uznać należy, że kluczowe, dla oceny skuteczności złożonego zabezpieczenia jest opisanie w treści dokumentu co gwarancja zabezpiecza. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że przedstawiona gwarancja wystawiona przez PKO Bank Polski, zabezpiecza ofertę złożoną w postępowaniu. W treści dokumentu wymieniono wszystkie okoliczności, wynikające z treści przepisów ustawy Pzp, upoważniające do żądania przez zamawiającego wypłaty określonej kwoty pieniężnej.

Stwierdzenie zamawiającego, że dokument gwarancji, przedłożony przez odwołującego jest nieprawidłowy, gdyż „nie zabezpiecza zamawiającego", nie ma również oparcia w praktyce występującej na rynku bankowym czy ubezpieczeniowym. Ta wskazuje raczej, że wystawcy gwarancji przyjmują powszechnie, że w przypadku, gdy gwarancja zapłaty wadium zostaje wystawiona na zlecenie jednego członka konsorcjum, a oferta jest złożona przez konsorcjum, którego jest on członkiem, to gwarancja taka zabezpiecza ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców działających na zasadzie art. 23 ustawy Pzp (a takie sytuacje przecież często występują). Składowi orzekającemu nie jest znany przypadek,
aby w analogicznej sytuacji, w razie ziszczenia się przesłanki wypłaty wskazanej w treści gwarancji określonej kwoty beneficjentowi, spotkał się on z odmową zapłaty z tego powodu,
iż w treści gwarancji widnieje jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o dane zamówienie. Domniemanie takiej potencjalnej odmowy rzeczywiście spotyka się niekiedy
w orzecznictwie i piśmiennictwie, ale nie w praktyce rynku ubezpieczeniowego czy bankowego. Również zamawiający nie wskazał konkretnych sytuacji, z którymi się zetknął
w swojej działalności, uprawniających go do formułowania wniosków, że w analogicznej sytuacji Bank - Gwarant może odmówić wypłaty określonej kwoty pieniężnej.

W konkluzji stwierdzić należy, że wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego będącego beneficjentem gwarancji, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę - a fakt złożenia jej wspólnie z innymi podmiotami - nie odbiera mu przymiotu wykonawcy powoduje, że niezależnie od tego, po stronie którego z trzech wspólnie ubiegających się o zamówienie podmiotów ziszczą się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, bank zobowiązany będzie do wypłaty kwoty zabezpieczenia uwidocznionej
w dokumencie gwarancyjnym. Działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń (art. 23 ustawy Pzp).

Tym samym należało stwierdzić, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego uznając, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie została skutecznie zabezpieczona wadium. Tym samym zarzut naruszenia cytowanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp - potwierdził się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2018 r., poz. 972) – dalej „Rozporządzenie", w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Izba nie zasądziła na rzecz odwołującego kwoty 3 600,00 zł., zgodnie z wnioskiem odwołującego zawartym w odwołaniu. Zgodnie bowiem z § 3 pkt 2 Rozporządzenia Izba zasądza uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach,
o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące
w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600,00 zł. Odwołujący nie przedłożył, do zamknięcia rozprawy rachunku - stąd uznać należało, że nie było podstawy do uwzględnienia wniosku.

Przewodniczący:……..……..……

Członkowie: ……..……..……

……..……..……