Sygn. akt: KIO 3025/20

.....

WYROK
z dnia 2 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2020 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów, **INSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Przemysłowa 27, 33-100 Tarnów

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Zielonki**, ul. Krakowskie Przedmieście 116, 32-087 Zielonki

orzeka:

1Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności z dnia 13.11.2020 r. polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej na część 1 i 2 zamówienia oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b Ustawy Pzp oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o. (Lider), INSBUD Sp. z o.o. sp. k. (Partner) i nakazuje ponowną ocenę ofe złożonych na część 1 i 2 z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Gminę Zielonki i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o., INSBUD Sp. z o.o. Sp. k., tytułem wpisu od odwołania;

2.2zasądza od Zamawiającego – Gminy Zielonki na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o., INSBUD Sp. z o.o. Sp. k. kwotę 13.928,00 z (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wpisem, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt:KIO 3025/20

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Zielonki na wykonanie robót budowlanych w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego pod nazwą: *„Gospodarka wodno-ściekowa w Gminie Zielonki-IV etap w zakresie budowy sieci kanalizacyjnych i wodociągowych* (nr postępowania: JRP.271.2.2020) ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.08.2020r., nr 572176-N-2020, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty własnej na część 1 i 2 zamówienia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PIS INSBUD Sp. z o.o., INSBUD Sp. z o.o. sp. I wnieśli w dniu 18 listopada 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3025/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego:

2art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz art. 65 § 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp oraz art. 23 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo prawidłowo wniesionego wadium, tj. zgodnie z przepisami ustawy oraz rozdziałem IV i VII siwz, wewnętrznym porozumieniem wykonawców upoważniającym lidera do złożenia wadium w postępowaniu w imieniu i na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2, nakazanie ponownej oceny ofert w obu częściach i nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący odniósł się do zapisów siwz, w której Zamawiający nie określił specjalnych zasad wnoszenia wadium dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i nie wymagał, aby wadium było wystawione na obu członków Konsorcjum. Wadium zostało wniesione zgodnie z ustawą, tj. przepisami art. 45 ust. 3, 4, 4a, 5 i 6 Pzp. Odwołujący wskazał na konsekwencje jakie dla skuteczności wadium ma solidarna odpowiedzialność wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 Pzp. W każdym przypadku odmowy realizacji obowiązków przez jednego z wykonawców skutek odnosi się do pozostałych wykonawców w szczególności Lidera, którzy popadają w stan niewykonania obowiązków wobec Zamawiającego. Odwołujący przywołał uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 15.02.2018 r., IV CSK 86/17, w którym potwierdza się solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia za obowiązki zabezpieczone wadium, co wynika z niepodzielności świadczenia o jakim mowa w art. 45 ust. 4a i 5 ustawy pzp. Skoro zamówienie o jakie ubiegają się podmioty jest jedno, jedna (wspólna) jest oferta przez nich składana, to jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. W oparciu o to orzeczenie należy

przyjąć, iż gwarancja wadialna z wymieniem tylko jednego uczestnika konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpiecza interesy zamawiającego. Członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy jej zawarcie byłoby niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z nich.

Odwołujący wskazał, iż wraz z ofertą złożone zostało pełnomocnictwo dla Lidera do złożenia wadium na zabezpieczenie wspólnej oferty i było wynikiem ustaleń wykonawców co do podziału obowiązków związanych z przygotowaniem oferty. Zamawiający nie żądał złożenia umowy konsorcjum, nie żądał wyjaśnienia pełnomocnictwa i wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. Rygoryzm formalizmu postępowania jest łagodzony przez wykładnię oświadczeń woli (art. 65 § 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp), co powoduje, że gwarancja wadialna podlega ocenie Zamawiającego przez pryzmat tego przepisu. Uzgodnienie poczynione przez konsorcjantów nie sprzeciwia się ustawie, w której nie wymaga się złożenia wadium wystawionego na wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Odwołujący podkreślił, iż gwarancja ma charakter bezwarunkowy i nieodwołalny i jest płatna na pierwsze „żądanie" Beneficjenta. Zabezpieczenie oderwane jest od stosunku podstawowego i ma charakter abstrakcyjny. Gwarancja wadialna została złożona wraz z ofertą w konkretnych okolicznościach, tj. do oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i jako zabezpieczenie wspólnej oferty. Nawet w przypadku, gdy niewykonanie obowiązków zagrożonych ustawowo utratą wadium nastąpi wyłącznie z winy wykonawcy niewskazanego w gwarancji wadialnej, to zawsze taka sytuacja będzie spowodowana przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy, co jest pojęciem szerszym od zawinienia i łączy się z kwestią ustawowej odpowiedzialności za dane zdarzenia.

Zamawiający w dniu 01.12.2020r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający uznał, iż oferta nie została zabezpieczona wadium na część 1 i 2 zamówienia, gdyż wadium zostało wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej wyłącznie na jednego z uczestników konsorcjum, bez wskazania, że podmiot ten ubiegać się będzie o udzielenie zamówienia wraz z innym wykonawcą. Zamawiający powołał się również na wyrok SN z 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17 wskazując na najważniejsze elementy dla oceny ważności wadium, w tym wykładni treści gwarancji w zakresie zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie", uzasadniających żądanie zapłaty wadium. Zamawiający analizując skuteczność gwarancji wadialnej dokonał wykładni oświadczenia woli złożonego przez Gwaranta, którego nie można było wyjaśniać poprzez odniesienie do dokumentu pełnomocnictwa, do którego treści sama gwarancja wadialna nie odwołuje się. W jego ocenie Odwołujący nie prezentuje wykładni oświadczenia Gwaranta, a jedynie przywołuje korzystne dla siebie tezy z orzeczenia SN. Oświadczenie Gwaranta datowane na dzień złożenia odwołania nie było znane Zamawiającemu i jako takie nie mogło być podstawą do interpretacji tekstu gwarancji wadialnej. Dokument ten nie odnosi się do treści gwarancji, w której brak jest odzwierciedlenia świadomości Gwaranta co do składania oferty w konsorcjum. Interpretacja treści gwarancji prowadzić ma do jednoznacznego wniosku, że pod pojęciem Zobowiązanego kryje się wyłącznie Lider konsorcjum, tj. INSBUD Sp. z o.o. Powyższe oznacza, że wniesione wadium niedostatecznie zabezpiecza interesy Beneficjenta w świetle normy nakazującej zatrzymanie wadium w przypadkach wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą".

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ma interes w złożeniu odwołania na czynność odrzucenia własnej oferty z postępowania oraz stanowiący tego konsekwencję - wybór oferty konkurencyjnej. Sytuacja Odwołującego wymaga podjęci kroków prawnych w celu uchylenia skutków niekorzystnych dla tego wykonawcy decyzji uniemożliwiającej udzielenie zamówienia temu wykonawcy. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną zarzutów, tj. treścią gwarancji wadialnych, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający w siwz w zakresie dotyczącym wniesienia wadium (pkt VII) zamieścił podstawowe informacje dotyczące sposobu zabezpieczenia oferty wadium, bez określenia szczegółowych wymagań dla wadium zabezpieczającego ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w tym konieczności wymienienia w treści gwarancji wadialnych wszystkich członków konsorcjum składających ofertę wspólną w przetargu.

Odwołujący złożył ofertę na część 1 i 2 zamówienia zabezpieczając ofertę wadium oddzielnie dla każdej części polisą ubezpieczenia gwarancji zapłaty wadium wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Oddział w Krakowie o nr. 02GG05/0062/20/0063 (zamówienie nr 1) oraz nr 02GG05/0062/20/0064 (zamówienie nr 2). Obie polisy zawierają podobne zapisy, w tym wymienione zostały przypadki, w jakich Beneficjent (Zamawiający) uprawniony jest żądać zapłaty kwoty wadium, wynikające z zachowania „Zobowiązanego" wskazanego, jako Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie,która to spółka ustanowiona została Liderem Konsorcjum i jest jednocześnie komplementariuszem Partnera Konsorcjum. Rola spółki nie została w treści gwarancji opisana i występuje jako zlecająca wystawienie gwarancji i jednocześnie „Zobowiązany".

Do ofert załączone zostało pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum – Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych „INSBUD" Sp. z o.o. w zakresie reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w postępowaniu przetargowym, obejmujące umocowanie, m.in. do złożenia wadium, zawarcia kontraktu w oparciu o wspólną ofertę, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu (pełnomocnictwo z 18.09.2020r.).

Konsorcjum złożyło oświadczenia, którymi przedłużyło termin związania ofertą do dnia 19.12.2020r. wraz z aneksami do gwarancji zapłaty wadium zmieniającymi okres ważności od 21.09.2020r. do 19.12.2020r.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył oświadczenie Gwaranta z 18.11.2020r. dotyczące wystawionych gwarancji przetargowych, w którym potwierdził, iż *Zakład Ubezpieczeń został poinformowany, że klient przystępuje do przetargu w konsorcjum. Tym samym każde złożone żądanie wypłaty oparte na jednej z przesłanek określonych w Ustawie Prawo Zamówień Publicznych dotyczące zarówno lidera jak i partnera Konsorcjum zostanie uznane. Wobec powyższego, w naszej opinii interes Beneficjenta gwarancji pozostaje skutecznie zabezpieczony w zakresie wadium przetargowego.*

Zamawiający odrzucając ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy wskazał w piśmie z dnia 13.11.2020r. jednym zdaniem, iż *Konsorcjum złożyło gwarancję wadialną wystawioną wyłącznie na jednego członka konsorcjum.* W piśmie z dnia 13.11.2020r.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Na wstępie należy zauważyć, iż zarzut dotyczy wadliwej oceny treści gwarancji ubezpieczeniowych, jakie zabezpieczały ofertę Konsorcjum w zadaniach nr 1 i 2, w których jako „Zobowiązany" wskazany został tylko jeden z dwóch wykonawców składających ofertę wspólną, tj. Lider Konsorcjum. W sprawie nie budziło wątpliwości, iż to Lider został umocowany do złożenia wadium i jest podmiotem który występuje w imieniu Partnera przed Zamawiającym i dokonuje czynności, których skutki odnoszą się do oferty wspólnej. Treść pełnomocnictwa była znana Zamawiającemu w momencie dokonywania czynności odrzucenia oferty z postępowania.

Zamawiający dopiero na rozprawie przedstawiał szersze uzasadnienie swojej decyzji odnosząc się do konieczności oceny treści gwarancji, w której wymieniono wszystkie przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty, wymienione w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy, wskazując na konieczność ustalenia, czy gwarancja ta zabezpiecza interesy Zamawiającego w sytuacji, gdy zawarcie umowy stałoby się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Partnera, niewymienionego w treści dokumentu.

Należy zauważyć, iż ocena treści gwarancji powinna znaleźć wyraz w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w takim zakresie, aby pozwolić wykonawcy na skuteczną obronę oferty i możliwość odniesienia się do tych wątpliwości, które leżały u podstaw uznania, iż gwarancja nie zabezpieczała w pełni interesów zamawiającego. Przedstawione uzasadnienie nie zawierało żadnej analizy, poza stwierdzeniem faktu, iż w treści gwarancji nie został wymieniony drugi konsorcjant.

Abstrahując od skąpości uzasadnienia, czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie mogła się ostać, gdyż w ocenie Izby złożone wadium w sposób dostateczny zabezpieczyło ofertę złożoną przez Konsorcjum na obie części zamówienia.

Uwzględniając odwołanie Izba doszła do przekonania, iż wadium złożone w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której wymieniono tylko Lidera Konsorcjum (określony jako „Zobowiązany") należało uznać za prawidłowe i skuteczne.

W niniejszej sprawie obie strony odwoływały się do uchwały z 15 lutego 2018 r. Sądu Najwyższego (sygn. akt IV CSK 86/17) odnoszącej się do oceny skuteczności gwarancji ubezpieczeniowej, w której treści nie zostało wskazane, aby podmiot występujący o wystawienie gwarancji wadialnej działał w imieniu i na rzecz konsorcjum. Główne tezy, jakie w niniejszym sporze miały szczególne znaczenie, wynikające z uchwały dotyczyły kwestii solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie za wykonanie obowiązków związanych ze złożeniem oferty wspólnej oraz konieczności wykładni ad casum treści gwarancji w zakresie warunków zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy).

Zamawiający, jako czyniący tą formę zabezpieczenia oferty nieskuteczną wskazał na brak zabezpieczenia możliwości żądania zapłaty wadium w sytuacji, gdy nie doszłoby do zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie Partnera, co miało wskazywać na brak możliwości wystąpienia z żądaniem w sytuacji zaistnienia przesłanki z art. 46 ust. 5 pkt 3 Ustawy – *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy*.

Odnosząc się do tej podstawy Izba uznała, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy wywiódł wniosek o braku zabezpieczenia roszczenia o zapłatę na wypadek wystąpienia podstawy do zatrzymania wadium. Izba uznała, iż solidarna odpowiedzialność wykonawców za świadczenie niepodzielne, jakim jest realizacja obowiązku zawarcia umowy, jak również niebudząca wątpliwości interpretacyjnych okoliczność, iż to Lider Konsorcjum w zakresie tego obowiązku wskazany został do reprezentowania Konsorcjum przed Zamawiającym, prowadzić powinny do przyjęcia, iż wadium było prawidłowe. W niniejszej sprawie nie można również tracić z oczu faktu istnienia bardzo mocnego umocowania Lidera, który nie tylko wskazany został do występowania w imieniu i na rzecz podmiotów tworzących Konsorcjum, ale jednocześnie jest komplementariuszem Partnera Konsorcjum. Działania jednej spółki – wymienionej w treści gwarancji, jako „Zobowiązany" nie mogą być zakwestionowane jako nieskuteczne wobec obu członków Konsorcjum. Hipotetyczna sytuacja, jaka miałaby czynić zabezpieczenie nieskutecznym, a dotycząca wystąpienia przeszkód po stronie PIS Insbud Sp. z o.o. w zawarciu umowy (jako Partnera), wprost obejmowałaby zobowiązanie Gwaranta do zapłaty kwoty wadium. Należy zauważyć, iż w treści gwarancji nie ma odniesienia do zakresu działalności wnioskodawcy, a zobowiązanie Gwaranta jest niezależne od ustalenia, czy „Zobowiązany" odmówił zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jako Lider, czy też Partner Konsorcjum. Zamawiający nie miał zatem podstaw do kwestionowania skuteczności złożonego wadium.

Kierując się stanowiskiem prezentowanym w uchwale SN Izba uznała, iż wykładnia zapisów gwarancji pozwala przyjąć, że obejmuje ona wszystkie przyczyny, za które odpowiedzialność ponosi zlecający gwarancję (wymienione w treści gwarancji). Potwierdza to również dowód złożony na rozprawie, tj. oświadczenie Gwaranta, w którym ten potwierdził skuteczność wystąpienia z żądaniem zapłaty w przypadku wystąpienia jednej z przesłanek określonych w treści gwarancji dotyczącej zarówno Lidera jak i Partnera. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o niedopuszczenie tego dowodu, który opierał na stwierdzeniu, iż stanowisko to nie było znane Zamawiającemu w momencie oceny dokumentu, a treść dokumentu nie referuje do tego oświadczenia. Izba dopuściła ten dowód na okoliczność wykładni oświadczenia Gwaranta, jako prezentujące autentyczną wykładnię treści dokumentu. Brak tego oświadczenia na wcześniejszym etapie badania i oceny oferty Odwołującego nie mógł stanowić przeszkody dla wykładni zobowiązania gwaranta, gdyż kwestia poinformowania przez zlecającego gwarancję o wspólnym ubieganiu się o zamówienie nie mogła zmieniać oceny skuteczności nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta. Dowód ten prezentuje pewną praktykę towarzystwa ubezpieczeń, które w ramach wykonywania zobowiązań z gwarancji wystawionych na jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie uznaje, jako niesporne zobowiązanie do wypłaty kwoty tytułem wadium niezależnie od tego, czy sytuacja uzasadniająca wystąpienie z tym żądaniem spowodowana jest działaniami lidera, czy też partnera.

W świetle powyższego Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uwzględniła odwołanie w całości i nakazała

Zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego, jak również będącą następstwem tej decyzji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1 i 2 zamówienia.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 w . ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu, w wysokości ustalonej na podstawie rachunków złożonych przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……