

WYROK
z dnia 10 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Baumark Sp. z o.o.; R. S. prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą R.S.P.H.U. „Baumark” z siedzibą lidera w Wyszkanie;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Warmińsko-Mazurskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie;

przy udziale wykonawcy: MGPP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Baumark Sp.**

z o.o.; R. S. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą R.S. P.H.U. „Baumark” z siedzibą lidera w Wyszkanie, 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 odwołującego na rzecz zamawiającego: kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Województwo Warmińsko - Mazurskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie

(dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy kontrakcie pn: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 604 na odcinku Drogowy Odcinek Lotniskowy - Wielbark”, znak sprawy: ZDW/NZP-IR.III/PN- 1/3220/2/2020; (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2020 r., pod numerem 2020/S 017-036862.

W dniu 4 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Baumark Sp. z o.o.; R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R.S.P.H.U. „Baumark” z siedzibą lidera w Wyszkanie** (dalej „odwołujący” lub „Konsorcjum”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego

w postępowaniu, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz od zaniechania czynności do której był zobowiązany polegającej na poddaniu ocenie złożonej oferty. Podstawą odwołania była czynność zamawiającego dokonana 25 maja 2020 r., gdyż w tym dniu zamawiający przekazał odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

- 1.art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp polegające na nieuzasadnionym przyjęciu, że oferta nie została przez odwołującego zabezpieczona prawidłowym wadium, skoro oprócz wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, które zostało przez zamawiającego uznane za wadliwe, w dniu 11 marca 2020 r., a więc przed upływem terminu składania ofert odwołujący wniósł także wadium w formie pieniężnej, które zamawiający wbrew treści art. 46 ustawy Pzp oraz pkt 11.10 SIWZ zwrócił oferentowi;
- 2.art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie przez zamawiającego, że gwarancja wadialna, w której treści wskazany jest tylko jeden z konsorcjantów stanowi o tym, że odwołujący wniósł wadium w niewłaściwej formie, a zatem zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
- 3.art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na nieuzasadnionym niezastosowaniu przedmiotowego przepisu w kontekście obowiązków oferentów wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp i w konsekwencji przyjęcie, że gwarancja wadialna, w której treści wskazany jest tylko jeden z konsorcjantów stanowi o tym, że odwołujący wniósł wadium w niewłaściwej formie, a zatem zachodzą przesłanki do odrzucenia jego oferty.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1.unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania;
 - 2.dokonanie ponownej oceny ofert, w tym oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

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

Odwołujący wskazał, że pismem z 25 maja 2020 r., zamawiający powiadomił wykonawców w postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bico Group Sp. z o.o. oraz wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych Zamawiający, względem oferty odwołującego wskazał, że oferenci występujący w postępowaniu jako Konsorcjum tj. R. S., prowadząc działalność gospodarczą pod firmą PHU BAUMARK oraz Baumark Sp. z o.o. z siedzibą w Wyszkanie, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu nie dokonali prawidłowego zabezpieczenia wadialnego oferty, albowiem wnieśli wadium w niewłaściwej formie, gdyż w treści złożonej zamawiającemu gwarancji wadialnej wskazany

został tylko jeden z członków Konsorcjum

tj. R. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU BAUMARK.

Z powyższym stanowiskiem zamawiającego, co do wadliwości załączonej do oferty gwarancji wadialnej a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie sposób się jednak zgodzić.

W analizowanej sprawie, jak podnosił odwołujący, należało zauważyć bowiem, że wadium w przedmiotowym postępowaniu zostało wniesione w sposób prawidłowy i zgodny z SIWZ przez Konsorcjum. Wadium w formie pieniężnej zostało wniesione w dniu 10 marca 2020 r., natomiast w dniu składania ofert tj. 11 marca 2020 r. w formie gwarancji ubezpieczeniowych. Na skutek wniesienia wadium w podwójnej formie, odwołujący zwrócił się do zamawiającego w dniu 12 marca 2020 r. o zwrot wadium wniesionego w formie pieniężnej, na co zamawiający wyraził zgodę.

W dniu 13 marca 2020 r., zamawiający zwrócił Konsorcjum wadium wniesione w formie pieniężnej, zostawiając wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych, czym potwierdził, że wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowych jest prawidłowe. Na tym etapie zamawiający nie wskazywał, aby gwarancja przedłożona przez Konsorcjum była niezgodna z treścią SIWZ. Nadmienić należy także, że wniosek z 12 marca 2020 r. był w istocie prośbą, na którą zamawiający przystał, lecz nie musiał, a w myśl przepisów ustawy Pzp nie miał do tego podstawy prawnej. Skoro bowiem gwarancja ubezpieczeniowa była w ocenie zamawiającego niezgodna z SIWZ, w stopniu implikującym odrzucenie oferty, to stanowisko zamawiającego nie powinno doprowadzić do zwrotu wadium w formie pieniężnej jako cyt. „nadpłaconego”. Zamawiający bowiem miał możliwość pozostawienia wadium w jednej z dwóch opcji. Wybierając opcję gwarancji ubezpieczeniowej potwierdził, że taki sposób, co do formy wadium (oraz treści przedstawionych dokumentów) jest akceptowalny.

Odwołujący zwracał uwagę, że zgodnie z pkt 11.10 SIWZ zamawiający określił ścisły katalog przyczyn zwrotu wniesionego wadium, tożsamy z przepisem art. 46 ustawy Pzp. Jeżeli zatem wadium w postaci gwarancji przedstawionej przez odwołującego było od początku wadliwe, to chociażby kierując się w/w zapisem SIWZ zamawiający nie miał podstaw do zwrotu prawidłowo wniesionego

wadium w kwocie pieniężnej. W związku z powyższym bezzasadne jest stanowisko - sformułowane po blisko 3 miesiącach od złożenia oferty - w którym zamawiający stwierdza, że Konsorcjum wniosło wadium w sposób niezgodny z SIWZ tudzież, że oferta nie została zabezpieczona. W uchwale z 28 kwietnia 2017 r. (KIO/KD 14/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała bowiem, że jeśli w wyniku niespójności, do której doprowadził zamawiający, dokumentacja będzie nieprecyzyjna, a zamawiający nie zdąży usunąć swoich błędów przed upływem terminu składania ofert, przyjmuje się, że ewentualne wątpliwości trzeba interpretować na korzyść wykonawcy. Nie można bowiem obciążać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiedzialnością za błędy i niedopatrzenia zamawiającego. W podobnym tonie KIO wypowiedziała się w uchwale z 3 sierpnia 2017 r. (KIO/KD 238/17).

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż w sytuacji w której po dokonaniu w sposób sprzeczny z SIWZ zwrotu odwołującemu prawidłowo wniesionego wadium w formie pieniężnej, oraz dokonaniu negatywnej oceny drugiego wadium wniesionego przez Konsorcjum zamawiający, zważywszy na obowiązującą zasadę transparentności postępowania, wyrażoną w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miał zatem obowiązek, co najmniej poinformować odwołującego o tym stanie rzeczy przed upływem terminu na składanie ofert, w taki sposób, żeby ten mógł ponownie wnieść już raz wniesione a następnie zwrócone wadium w formie pieniężnej.

Jednocześnie sam fakt bezpodstawnego zwrotu wadium pieniężnego przez zamawiającego nie powinien być kwalifikowany, w ocenie odwołującego, na niekorzyść wykonawcy, który nawet w przypadku przyjęcia wadliwości gwarancji wadium, wniósł przed terminem składania ofert prawidłowo wadium w formie pieniężnej. Zauważyć natomiast należy, że podstawą odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt 7b jest zaniechanie po stronie wykonawcy wniesienia wadium. Tymczasem, niezależnie od wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, wadium zostało wniesione także w formie pieniężnej. Oferent nie może natomiast odpowiadać za sprzeczne z ustawą i SIWZ działania zamawiającego, który dobrowolnie pozbawił się wadium pieniężnego. Jak wskazał zamawiający w treści 11.5 SIWZ wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy musi wpłynąć na wskazany w pkt 11.3 a) rachunek bankowy zamawiającego najpóźniej w dniu otwarcia ofert, przed terminem składania ofert. Nie sposób zatem nie zauważyć, że ten warunek dotyczący prawidłowości zabezpieczenia oferty za pomocą wadium odwołujący spełnił, albowiem wadium w formie pieniężnej wpłynęło na konto zamawiającego 10 marca 2020 r. Przepisy ustawy Pzp ani też SIWZ nie wskazują tymczasem, że utrata wadium pieniężnego przez zamawiającego w przypadkach innych niż opisanych w art. 46 ustawy Pzp czy też w pkt 11.10 SIWZ skutkuje uznaniem, że wadium pieniężne nie zostało wniesione a warunek zabezpieczenia oferty nie jest spełniony.

Jednocześnie odwołujący wskazywał, że wbrew stanowisku zamawiającego w kontekście wadium wnoszonego w postaci gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych lub poręczeń obecnie, właśnie na tle powoływanego przez zamawiającego orzeczenia Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17 w orzecznictwie zarówno sądów powszechnych jak i KIO za przeważające uznać należy stanowisko, że w przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dla ważności wadium wystarczające jest wniesienie go wyłącznie przez jednego z konsorcjantów (tak np. KIO w wyroku z 3 marca 2020 r.).

Odwołujący cytował orzeczenie SN, zwracając uwagę, że ten w wyroku z 15 lutego 2018 r. wskazywał: "Gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela-gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w nim warunków, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Tak ukształtowane zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, Nr 11, poz. 146, z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12, nie publ. z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14, OSNC 2016, Nr 3, poz. 33, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15)". W cytowanym orzeczeniu SN wskazał również, że decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej "warunków" i formalnych przesłanek zapłaty. Dodatkowo SN uznał, że istotne znaczenia ma też stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), są świadczenia niepodzielne, podnosząc, iż: "Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków - ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych - nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 §1 kc, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie".

Zważywszy na tak ukształtowane tezy SN, które wynikają wprost z w/w wyroku, KIO w wyroku z 3 marca 2020 r. wskazała słusznie, że konsorcjum jest rodzajem porozumienia zawartego przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie, a dyspozycja art. 23 ust. 3 ustawy Pzp ma zasadnicze w tej sytuacji znaczenie dla oceny wykonania obowiązków określonych m.in. w art. 46 ust. 4a i 5

ustawy Pzp. Za w pełni zasadne należy uznać zatem stanowisko KIO, że w sytuacji Konsorcjum, w razie niewykonania któregośkolwiek z obowiązków przetargu przez konsorcjantów (w niniejszym przypadku jednego konsorcjanta), niewymienionych w gwarancji, odpowiedzialność poniosłby także ten konsorcjant, który w gwarancji został wymieniony, co w konsekwencji stanowiłoby przesłankę do wystąpienia przez zamawiającego o zapłatę wadium. Jak wskazał bowiem w uchwale z 16 kwietnia 1993 r. siedmiu sędziów Sąd Najwyższy, sygn. akt: III CZP 16/93: „Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami nieodwołalnie, bezwarunkowo oraz na pierwsze żądanie, nie może skutecznie powołać się w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona. Zatem gwarancje wadialne opatrzone takimi klauzulami - a w niniejszej sprawie zamawiający taką gwarancję odwołującego posiada - tworzą abstrakcyjne zobowiązanie gwaranta wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących gwaranta z wykonawcą oraz wykonawcę z beneficjentem (zamawiającym). Gwarant nie może zatem przedstawić beneficjentowi zarzutów wynikających ze stosunku podstawowego jak jest zawarta na okoliczność udzielenia gwarancji umowa. W swej istocie bowiem taka gwarancja jest umową samodzielną nieakcesoryjną i abstrakcyjną (tak też KIO w wyroku z 25 marca 2019 r., sygn. akt KIO 392/19).

Odwołujący, przechodząc do argumentacji dotyczącej zabezpieczenia interesów zamawiającego, przedstawionej w treści pisma o odrzuceniu oferty odwołującego, podniósł, że ta oparta była w istocie na błędnej wykładni uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego wydanego w sprawie IV CSK 86/17. Wskazał, że w niniejszej sprawie niezależnie od tego interes zamawiającego jest zabezpieczony w pełni, na skutek przedstawionego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. Jak wskazała bowiem KIO w wyroku z 25 marca 2019 r., sygn. 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 p.z.p.)”. W tym kontekście w niniejszej sprawie nie należy gubić także z pola widzenia powiązań osobowych, jakie występują pomiędzy konsorcjantami. R. S., który wskazany został w gwarancji wadialnej, jest bowiem także uprawnionym reprezentantem Lidera Konsorcjum - spółki Baumark Sp. z o.o., w której posiada 45% udziałów, a zatem mając na względzie chociażby opisane wyżej zasady odpowiedzialności konsorcjantów za zobowiązania niepodzielne, nie sposób uznać, żeby zamawiający w jakikolwiek sposób mógłby być niezabezpieczony za pomocą przedłożonego wadium.

Dodatkowo podniósł również, że niejednokrotnie KIO w swoich orzeczeniach zwracała uwagę na zasadnicze znaczenie jakie ma przy rozstrzyganiu podobnych spraw sama praktyka na rynku ubezpieczeniowym, na którym 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 (tak też KIO w wyroku z 25 marca 2019 r., sygn. akt KIO 392/19). Raz jeszcze podkreślił, w ślad za stanowiskiem KIO, że świadczenia obciążające wykonawców działających w konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy, mają charakter świadczenia niepodzielnego i w tym zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 §1 kc. W tym kontekście za niedające się obronić należy uznać argumenty zamawiającego odwołujące się do wskazań pkt 11.7 SIWZ, jakoby oferta była nieprawidłowo zabezpieczona.

Zamawiający, w dniu 5 czerwca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego zgłosili swoje przystąpienia, w dniu 8 czerwca 2020 r. wykonawca: **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** oraz wykonawca: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszając swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego. Jednocześnie uznała, że drugi z wykonawców, który zgłosił swoje przystąpienie tj. **Transprojekt Gdański Sp. z o.o.** (dalej „**Transprojekt Gdański**”) z siedzibą w Gdańsku, pismem z 25 maja 2020 r. został poinformowany przez zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania. Tym samym zgłoszenie przystąpienia dokonane zostało przez podmiot, który nie posiadał, w momencie dokonywania tej czynności, statusu wykonawcy, w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Należy mieć bowiem na względzie, że **Transprojekt Gdański** nie zaskarżył czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania, co przesądziło o utracie statusu wykonawcy. Tym bardziej zatem, należy stwierdzić, że nie przysługuje mu taki status w postępowaniu odwoławczym.

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, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, po zapoznaniu się z odwołaniem, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też 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.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Oferta odwołującego nie została poddana ocenie w postępowaniu, wskutek jej odrzucenia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta Konsorcjum zostałaby oceniona według kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ, a mając na uwadze, że była ofertą pod względem kryterium ceny i jakości na drugim miejscu po ofercie najkorzystniejszej tj. złożonej przez wykonawcę Bico Grup Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który to wykonawca został następnie wykluczony z postępowania, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, w tym gwarancji ubezpieczeniowej złożonej jako zabezpieczenie oferty odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że oferta nie została przez odwołującego zabezpieczona prawidłowym wadium, skoro oprócz wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, które zostało przez zamawiającego uznane za wadliwe, w dniu 11 marca 2020 r., a więc przed upływem terminu składania ofert, odwołujący wniósł także wadium w formie pieniężnej, które zamawiający wbrew treści art. 46 ustawy Pzp oraz pkt 11.10 SIWZ zwrócił.

Jak ustalił skład orzekający, co nie było sporne między stronami, odwołujący wniósł wadium dwukrotnie, 10 marca 2020 r. w formie pieniężnej, następnie w dniu składania ofert tj. 11 marca 2020 r. w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W związku z powyższym odwołujący zwrócił się do zamawiającego pismem z 12 marca 2020 r. o zwrot wadium. W treści wniosku kierowanego w niniejszej sprawie zaznaczył, że omyłkowo wniósł wadium w dwóch formach i poprosił o zwrot wadium wpłaconego na konto zamawiającego, wskazując numer rachunku na który wadium ma być zwrócone. Należy zatem uznać, że Konsorcjum tym samym uznało, że ponieważ dwukrotnie zabezpieczyło ofertę (jak przyznało „omyłkowo”), zamawiający winien dokonać zwrotu wpłaconego wadium. Co więcej, to odwołujący zdecydował, co wynika z treści pisma, że żądanie zwrotu dotyczy wadium wpłaconego w formie pieniężnej, a zatem, że to gwarancja ubezpieczeniowa będzie stanowiła zabezpieczenie złożonej w postępowaniu oferty.

W dniu 13 marca 2020 r., zamawiający zwrócił Konsorcjum wadium wniesione w formie pieniężnej, pozostawiając wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że podejmując powyższą decyzję, zamawiający potwierdził jednocześnie, że wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej jest prawidłowe. Wskazać należy, że żądanie odwołującego było sformułowane w sposób kategoriyczny, a wobec dwukrotnego zabezpieczenia oferty wadium - zamawiający nie miał innej możliwości, niż dokonanie zwrotu „nadpłaconego” wadium. Nie był również zobowiązany, na tym etapie, badać prawidłowość zabezpieczenia oferty odwołującego, i sygnalizować ewentualnie, że treść tego dokumentu jest niezgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Skład orzekający nie zgadza się również ze stanowiskiem Konsorcjum, że jego wniosek z 12 marca 2020 r. był w istocie prośbą, na którą zamawiający przystał, lecz nie musiał, a w myśl przepisów ustawy Pzp nie miał do tego podstawy prawnej. Zgodzić się należy wprawdzie z odwołującym, że zarówno w pkt 11.10 SIWZ zamawiający określił ścisły katalog przyczyn zwrotu wniesionego wadium, który był tożsamy z przepisem art. 46 ustawy Pzp. W tym jednak przypadku nie wystąpił po stronie zamawiającego obowiązek badania zaistnienia opisanych w tym przepisie przesłanek. Po raz kolejny powtórzyć należy, że dokonany zwrot dotyczył kwoty, która została wpłacona, jak to określił odwołujący „omyłkowo”. Taki sam skutek miałby miejsce w przypadku, gdyby wykonawca dwukrotnie wykonał przelew na konto zamawiającego a następnie zwrócił się do niego o zwrot kwoty niezasadnie nadpłaconej. W okolicznościach niniejszej sprawy wadium zostało również dwukrotnie wniesione, przy czym w dwóch różnych formach, ale to odwołujący dokonał wyboru formy w jakiej wadium zostało wniesione prawidłowo.

Fakt dokonania negatywnej oceny drugiego wadium wniesionego przez Konsorcjum, nie świadczy także o naruszeniu przez zamawiającego obowiązującej zasady transparentności postępowania, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał obowiązku dokonywania analizy treści gwarancji w momencie, kiedy Konsorcjum zdecydowało, że żąda zwrotu wadium wpłaconego w pieniądzu. Uczynił to na tym etapie postępowania, kiedy dokonywał badania innych złożonych ofert. Nie znajduje uzasadnienia w

przepisach ustawy Pzp również obowiązek zamawiającego, aby co najmniej poinformować odwołującego o tym stanie rzeczy przed upływem terminu na składanie ofert, w taki sposób, żeby ten mógł ponownie wnieść już raz wniesione, a następnie zwrócone wadium w formie pieniężnej.

W dalszej kolejności, odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także naruszenia art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie przez zamawiającego, że gwarancja wadialna, w której treści wskazany jest tylko jeden z konsorcjantów stanowi o tym, że odwołujący wniósł wadium w niewłaściwej formie, a zatem zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) - Izba uznała powyższe zarzuty za nieuzasadnione z niżej opisanych powodów.

Jak ustalił skład orzekający w niniejszej sprawie, zamawiający w SIWZ (pkt 11.7) przewidywał, że: „Z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji Gwaranta (Poręczyciela), Gwarancja (Poręczenie) musi być podpisana przez upoważnionego (upelnomocnionego) przedstawiciela Gwaranta (Poręczyciela). Podpis powinien być sporządzony w sposób umożliwiający identyfikację przedstawiciela Gwaranta (Poręczyciela) tj. stanowić kwalifikowalny podpis elektroniczny weryfikowany przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymagania dla tego rodzaju podpisu. W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wadium może być wniesione przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pod warunkiem, że z dokumentu wadium będzie wynikało, iż wykonawca ten działa na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku z dokumentu gwarancji lub poręczenia musi wynikać, że wadium składane jest w imieniu wszystkich, wymienionych w dokumencie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz, że zamawiający będzie mógł zaspokoić swoje roszczenia zgodnie z pkt 11.5 w przypadku uchybienia któregośkolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.”

Tymczasem, jak wykazała analiza treści ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG25/0380/20/0001, złożonej zamawiającemu i stanowiącej zabezpieczenie oferty z tytułu wadium w postępowaniu, InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, działało na wniosek R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: R.S. P.H.U. „Baumark” ul. Świętojańska 106, 07-202 Wyszaków. Tym samym gwarancja, wystawiona na wniosek jednego tylko członka konsorcjum, w treści której tylko ten członek konsorcjum został wskazany, a z treści dokumentu nie wynikało także, że działa on na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa - nie spełniała wymogów zamawiającego opisanych w SIWZ

Bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy, jest argumentacja odwołującego, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych na przestrzeni kilkunastu lat można dostrzec przeciwstawne stanowiska dotyczące skuteczności wniesienia przez konsorcjum gwarancji wadialnej, w której treści nie zostali wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum, tj. wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, lecz jedynie jeden z członków konsorcjum, jednak jak zauważył przeważające stanowisko potwierdza możliwość wnoszenia wadium przez jednego członka konsorcjum, w imieniu pozostałych jego członków.

Jak zauważył, kwestia stanowiąca istotę sporu zaistniałego w niniejszej sprawie, była przedmiotem wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17. Sąd Najwyższy, rozstrzygając spór w przedmiocie wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia podkreślił, że wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej 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. W sytuacji, w której wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej (jak w przypadku okoliczności sprawy stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego), o przesłankach realizacji decyduje treść gwarancji. Zgodnie natomiast z zasadą swobody umów, przesłanki powstania zobowiązania gwaranta mogą zostać ukształtowane w różny sposób. Decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta ma całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 kc. Jak wynika z powyższego, w powołanym wyroku Sąd Najwyższy nie przesądził ani o prawidłowości, ani o wadliwości wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, w treści której wskazany został jedynie jeden z członków konsorcjum, lecz uznał, iż przedmiotowa okoliczność winna być rozstrzygana ad casum, w każdym konkretnym przypadku poprzez całościowe badanie treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 kc. Wniesienie wadium można natomiast uznać za prawidłowe tylko 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 - tylko wówczas wadium spełnia swoją zabezpieczającą rolę.

Dalej, Sąd Najwyższy w powołanym wyroku wskazał, że w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego 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 prawidłowości wniesienia wadium 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. Przedmiotowa kwestia wymaga z kolei rozważenia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”, przy czym - jak zaakcentował Sąd Najwyższy, decydujące znaczenie ma w tej kwestii całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 kc.

W dalszej części swoich rozważań Sąd Najwyższy uznał, że w przypadku uznania, że pojęcia te należy interpretować tożsamo, to - z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na jednego członka konsorcjum - należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki nie poinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik 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.

Tym samym, co zauważył zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, Sąd Najwyższy dostrzegł w swoim orzeczeniu, że SIWZ w danym postępowaniu może zawierać w swojej treści postanowienia, które np. określają treść gwarancji składanej przez wykonawcę. Zamawiający może zatem uregulować również, jaką treść powinna zawierać gwarancja w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy ubiegający się wspólnie

O zamówienie. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i wskazał, że jeśli o zamówienie ubiega się konsorcjum - w treści gwarancji musi być oznaczony charakter podmiotu, jaki uzyskał gwarancję, a nadto w treści samej gwarancji musi znajdować się postanowienie, z którego wynika wprost, że gwarancja zabezpiecza ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wraz z oznaczeniem tych wykonawców. Stwierdzić należy, że przedłożony dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nie spełnia tego wymogu.

W tym miejscu nadmienić należy również, że jeśli odwołujący miał zastrzeżenia co do sformułowania wymagań w tym zakresie przez zamawiającego w treści SIWZ uznając, że regulacje te są nadmierne, lub też zapisy takie są sprzeczne z przepisami ustawy Pzp - winien kwestionować powyższe na wcześniejszym etapie. Jeśli tego nie zrobił, regulacje te stały się wiążące dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W świetle powyższego, skoro przewidziany w pkt 11.7 SIWZ wymóg wniesienia wadium nie został przez Konsorcjum spełniony, ponieważ przedłożona zamawiającemu gwarancja ubezpieczeniowa, pomimo faktu złożenia oferty w ramach konsorcjum, została wystawiona ze wskazaniem tylko jednego z członków konsorcjum tj. R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BAUMARK z siedzibą w Wyszkowie, zasadne było odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

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 1 sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: