Sygn. akt KIO 292/20

WYROK

z dnia 2 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Ernest Klauziński
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 26 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 13 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „U." Z. U., Maków Mazowiecki, H. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Boronowie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Całoroczne, kompleksowe

utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejony GDDKiA w Łodzi z podziałem na 2 części (nr postępowania O.Ł.D3.2413.20.2019.ig)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

    1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

    2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi (za pomocą Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Łodzi) na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp", „ustawa p.z.p.", „p.z.p"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. Całoroczne, kompleksowe utrzymanie

dróg krajowych administrowanych przez Rejony GDDKiA w Łodzi z podziałem na 2 części, (nr postępowania O.Ł.D3.2413.20.2019.ig)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 października 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_209 pod poz. 510952.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 lutego 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Przedsiębiorstwu Handlowo-Usługowemu „U." Z. U. w Makowie Mazowieckim, H. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w

Boronowie, którzy wspólnie złożyli ofertę {dalej: „Konsorcjum"} zawiadomienie o odrzuceniu tej oferty na część 2. zamówienia oraz unieważnieniu postępowania w tym zakresie.

13 lutego 2020 r. Konsorcjum wniosło w formie pisemnej elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 7b - polegające na niezasadnym uznaniu, że gwarancja została wniesiona przez Konsorcjum w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji niezasadnym odrzuceniu jego oferty.

2. Art. 93 ust. 1 pkt 4 - polegające na unieważnieniu postępowania, pomimo że Zamawiający dysponuje możliwością zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację części 2. zamówienia do kwoty oferty Konsorcjum, a w konsekwencji dysponuje możliwością rozstrzygnięcia i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum.

2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 2. zamówienia.

3. Kontynuowanie badania i oceny ofert złożonych na część 2. zamówienia.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności.

Zgodnie z pkt 16.1. IDW Zamawiający przewidział obowiązek wniesienia dla zadania

2. wadium w wysokości 686.000,00 zł.

Odwołujący wypełnił ww. obowiązek wnosząc wadium częściowo w formie pieniężnej

(496.321,00 zł wpłacone przez Lidera) oraz w formie gwarancji wadialnej (gwarancja wystawiona dla Partnera H. sp. z o.o. sp. k na kwotę 189.679,00 zł).

Według uzasadnienia podanego przez Zamawiającego nieprawidłowe wniesienie

wadium wynika z faktu, iż oferta na część 2. została złożona przez Konsorcjum, w skład którego nie weszła ostatecznie wymieniona w gwarancji wadialnej spółka ABRAMSS sp. z o.o. {dalej również: „Abramss”} Na tej podstawie Zamawiający uznał, że gwarancja wadialna została wystawiona dla innego wykonawcy, a tym samym, że nie zabezpiecza oferty złożonej przez Konsorcjum. Zamawiający przywołał orzeczenia Izby z lat 2015-2018, w tym przyjmując za swoje stanowisko wyrażone w wyroku Izby z 12.01.2018 r. sygn. akt KIO 2716/17.

Według Odwołującego stanowisko Zamawiającego, że warunkiem ważności i skuteczności gwarancji jest to, aby strona podmiotowa treści gwarancji pokrywała się jeden do jednego ze stroną podmiotową wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie znajduje oparcia w orzecznictwie, przepisach prawa ani w treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wziął pod uwagę, że restrykcyjne stanowisko prezentowane w części orzeczeń Izby, dotyczące określenia strony podmiotowej gwarancji wadialnej, uległo zmianie wskutek wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17.

Tytułem przykładu Odwołujący zacytował następujące tezy:

- obecnie okoliczność, że w treści gwarancji bankowej wymieniono tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie skutkuje uznaniem, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy [z uzasadnienia

wyroku z 21 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1528/18]

- Przepisy ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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. 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 k.c. (...) 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.) [z uzasadnienia wyroku Izby z 25 marca 2019 r. sygn. akt KIO 392/19]

- Z uwagi na abstrakcyjny i samoistny charakter gwarancji, ubezpieczyciel (gwarant) nie może przedstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego, a tym samym w stosunku wewnętrznym gwarant nie jest zobligowany lub upoważniony do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. W konsekwencji zatem, wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego będącego beneficjentem gwarancji, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę (fakt złożenia jej wspólnie z drugim wykonawcą nie odbiera mu przymiotu wykonawcy) powoduje, że niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszczą się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., gwarant będzie zobowiązany 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. [z uzasadnienia wyroku z 31 października 2019 r. sygn. akt KIO 2093/19]

Według Odwołującego z aktualnego stanowiska judykatury wynika zatem, że w treści gwarancji wadialnej nie musi zostać odzwierciedlony krąg podmiotów, które są oferentem. Jedynym koniecznym minimum jest to, aby oferta została złożona przy udziale jednego z podmiotów wymienionych w treści gwarancji wadialnej. Możliwość zaspokojenia się z wadium przez zamawiającego jest w tej sytuacji wypadkową solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (bez znaczenia dla skuteczności gwarancji wadialnej pozostaje, czy przesłanką zatrzymania wadium będzie działanie lub zaniechanie podmiotu innego niż podmiot, dla którego wystawiono gwarancję), jak również konsekwencją samoistnego i nieakcesoryjnego charakteru gwarancji. Odwołujący dodał, że kwestie te zostały szczegółowo wyłożone w przywołanym wyroku Sądu Najwyższego ze sprawy IV CSK 86/17.

Zdaniem Odwołującego powyższe orzeczenia, choć dotyczą problematyki wskazania w treści gwarancji jedynie jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum,

są również aktualne w sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie. Jeżeli o skuteczności

gwarancji nie rozstrzyga, czy w jej treści odzwierciedlono całościowy skład podmiotowy

przyszłego konsorcjum i wystarczające jest, aby gwarancja wymieniała jednego z

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to tym bardziej skuteczności nie odbiera gwarancji okoliczność, że w jej treści wymieniono podmiot, który ostatecznie - obok innych wymienionych w jej treści podmiotów - nie wszedł w skład konsorcjum wykonawcy.

W przywołanym wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że (...) należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje - co trafnie dostrzegły orzekające w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy - treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie. Ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej - ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (ówcześnie tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1844 z późn. zm.) poprzestaje w zasadzie na uwzględnieniu umowy gwarancji ubezpieczeniowej w katalogu czynności ubezpieczeniowych (art. 4 ust. 7 pkt 1 i 2)

- należy uznać, że w tym względzie co do zasady miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej (por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego

2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, Nr 11, poz. 146; z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15, nie publ.]. Nawiązując zatem do dorobku powstałego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (ówcześnie tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.; dalej także: p.b.], można wskazać, że 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, co 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).

Według Odwołującego przenosząc powyższe wytyczne Sądu Najwyższego na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że:

- art. 81 Prawa bankowego nie warunkuje ważności i skuteczności udzielonej gwarancji od tego, czy ofertę złoży identyczny skład podmiotów, jak wymieniony w treści gwarancji;

- w SIWZ Zamawiający nie zastrzegł, że w przypadku gwarancji wadialnej składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w jej treści muszą być wymienione dokładanie takie same podmioty, jak podmioty tworzące konsorcjum oferenta,

- w treści złożonej Zamawiającemu gwarancji nie zawarto żadnych klauzul, które uzależniałyby odpowiedzialność gwaranta od tego, czy ofertę złoży identyczny skład podmiotów, jak wymieniony w treści gwarancji (pkt 3-6 gwarancji);

- pod pojęciem „Zobowiązany", do którego działania lub zaniechania odnoszą się przesłanki

zatrzymania wadium (pkt 1 gwarancji), nie zdefiniowano wszystkich podmiotów łącznie, lecz H. sp. z o.o. sp. k.

Odwołujący podsumował, że skoro oferta została złożona przy udziale tej spółki, Zamawiający pozostaje w pełni zabezpieczony, gdyż przesłanki zatrzymania wadium wskazane w pkt 1, gwarancji pozostaną wypełnione niezależnie od tego, czy bezpośrednim sprawcą działania lub zaniechania będzie ona czy też inny konsorcjant (co wynika z przytoczonej już wcześniej solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).Szerszy skład podmiotów wymienionych w treści gwarancji nie pozbawia więc Zamawiającego możliwości zabezpieczenia się z udzielonej gwarancji.

Według Odwołującego złożona gwarancja, zgodnie z wymaganiami przewidzianymi w pkt 16.3. IDW, ma taką samą płynność, jak wadium wniesione w pieniądzu, gdyż dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie jest utrudnione. Zgodnie z pkt 5. gwarancji żądanie zapłaty wymaga jedynie: 1) podpisania przez Beneficjenta gwarancji lub osoby przez niego umocowane, ze wskazaniem podstawy

umocowania, 2) być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji, 3) być doręczone do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności,

4) zawierać oznaczenie rachunku bankowego, na który ma nastąpić wypłata z gwarancji,

5) wskazywać przypadek określony w ust. l gwarancji, którego zaistnienie stanowiło przyczynę zatrzymania wadium. Wymagana przez Zamawiającego płynność wadium wnoszonego w formie gwarancji realizowana jest już przez sam fakt, że odpowiedzialność gwaranta ma charakter nieakcesoryjny. Niezależnie więc od tego, że w treści gwarancji nie zawarto klauzul ograniczających prawa Zamawiającego (przeciwnie, zawarto klauzulę o nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłacie), gwarant nie miałby nawet prawa do kwestionowania żądania Zamawiającego do wypłaty kwoty wadium z uwagi na to, że oferta została złożona bez udziału spółki Abramss, gdyż z nieakcesoryjnego charakteru gwarancji wynika bowiem, że nie mógłby badać zasadności wystawionego żądania oraz jego zgodności ze stosunkiem podstawowym. Gwarant uprawniony byłby jedynie do sprawdzenia warunków formalnych określonych w pkt 5 gwarancji, które -nie uzależniają wypłacenia kwoty od tego, czy oferta została złożona z udziałem spółki Abramss.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazuje się w orzecznictwie cechą charakterystyczną gwarancji nie jest przejęcie zobowiązań dłużnika, lecz przejęcie ryzyka transakcji, które ponosi wierzyciel (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 27.06.2018 r. sygn. akt VI ACa 1879/16). Ponieważ w treści gwarancji jednoznacznie określono, że jest ona udzielona dla Zamawiającego i dotyczy przetargu „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejony GDDKiA Oddział w Łodzi z podziałem na 2 części, Część 2 - Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych

administrowanych przez Rejon w Piotrkowie Trybunalskim", zabezpiecza więc ofertę Odwołującego, bez względu na to, że spółka Ambrass nie weszła w skład Konsorcjum.

Reasumując, Zamawiający pozostaje zabezpieczony na wypadek zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium. Swoje uprawnienia może realizować zarówno z wadium otrzymanego w formie pieniężnej, jak i z wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że:

- Zamawiający przeznaczył na realizację całego zamówienia łącznie kwotę 146.116,712,99

zł, w tym dla części. 1 - 103.936.241,07 zł, a dla części 2. - 42.180.471,92 zł.

- w części 1. najniższa cena oferty wynosi 97.525.131,75 zł, a w części 2. najniższą jest cena

oferty Konsorcjum - 48.578.481,00 zł.

Odwołujący zarzucił, że wbrew informacji podanej w piśmie z 4 lutego 2020 r. Zamawiający dysponuje możliwością zwiększenia kwoty przeznaczonej dla części 2. do ceny oferty Konsorcjum, zarówno pod względem finansowym, jak i prawnym.

Po pierwsze, biorąc pod uwagę powyżej wskazane kwoty, Odwołujący zauważył, że Zamawiający dysponuje nadal kwotą 48.591.581,24 zł, a więc przewyższającą cenę oferty Odwołującego, gdyż przewidziany dla zamówienia budżet pozwala na rozstrzygnięcie postępowania w obu częściach.

Odwołujący powołał się na wiedzę i doświadczenie wynikające z wcześniejszych decyzji Zamawiającego, który zwiększał nawet budżet przewidziany dla zamówienia. Tytułem przykładu wskazał na prowadzony w 2018 r. pod nr 0/Ł.D3.2413.5.2018.vk przetarg pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A1 od km 244+300 do km 292+000 [48,7 km] oraz drogi ekspresowej S8 od km 324+772 do km 408+805 [84,033 km] z podziałem na 2 części", gdzie wybrane oferty przewyższyły łącznie zaplanowany budżet o kwotę 31883218,75 zł.

Po drugie, Odwołujący podniósł, że Zamawiający, który i tak zobowiązany jest do utrzymywania dróg krajowych administrowanych przez rejon w Piotrkowie Trybunalskim, stoi przed koniecznością finansowania tych zadań do czasu rozstrzygnięcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd zdaniem Odwołującego posiadane środki finansowe, przewidziane chociażby na aneksowanie umów poprzednim wykonawcom, Zamawiający może i powinien zamiast tego przeznaczyć na pozytywne rozstrzygnięcie tego postępowania. Tym bardziej, że zostało one poprzedzone unieważnionym częściowo przetargiem nr O.Ł.D3.2413.2.2019.dpw pn. „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg

krajowych administrowanych przez Rejony GDDKiA Oddział w Łodzi z podziałem na 3 części".

Według Odwołującego poziom złożonych wówczas ofert na część dotyczącą dróg krajowych administrowanych przez rejon w Piotrkowie Trybunalskim (najniższa cena oferty wynosiła wówczas 59.183.872,43 zł), jak również poziom cen złożonych na to zadanie w niniejszym postępowaniu (ceny ofert konkurentów Konsorcjum: 50.668.510,70 zł - cena wykonawcy dotychczasowej umowy, 54.361.653,18 zł, 56.021.475,81 zł) pokazuje, że przewidziana przez Zamawiającego na część 2. kwota odbiega od realiów rynkowych, zwłaszcza że była szacowana na poziomie kosztów z 2017 r. Wskazuje to na niecelowość unieważniania części 2., gdyż w przypadku rozpisania nowego przetargu wysoce prawdopodobne, jeżeli nie pewne, jest to, że Zamawiający nie otrzyma ofert na poziomie założonym przez siebie poziomie, a zatem wystąpi potrzeba przeznaczenia wyższych środków finansowych na realizację tego zadania.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że ewentualna decyzja o rozpisaniu ponownego przetargu po raz kolejny znacznie odsunie w czasie przystąpienie do utrzymania dróg krajowych administrowanych przez rejon w Piotrkowie Trybunalskim przez wykonawcę wyłonionego w trybie konkurencyjnym. Ponieważ takie postepowanie potrwa co najmniej 6 miesięcy (z uwzględnieniem ewentualnych postępowań odwoławczych), nie będzie możliwe rozpoczęcie realizacji usługi od 01.06.2020 r., jak zakładano w SIWZ. Do czasu rozstrzygnięcia nowego przetargu Zamawiający i tak będzie musiał wydatkować środki na utrzymanie dróg w tym rejonie, tyle że będzie to następowało w ramach aneksowania umów, a nie w ramach wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

Odwołujący podniósł również, że z uwagi na art. 44 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, jak również w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, że przeznaczenie posiadanych środków finansowych na rozstrzygnięcie części 2. zamiast na aneksy do już zawartych umów będzie rozwiązaniem zdecydowanie bardziej celowym, gospodarnym i racjonalnym, jak również umożliwiającym terminową realizację zadań, a także realizującym zasady obowiązujące na gruncie ustawy pzp, w tym aby określone zadania realizował wykonawca wybrany w trybie konkurencyjnym, jak również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż, jak wskazano wcześniej, Zamawiający w innych postępowaniach podejmował decyzje o znacznym zwiększeniu budżetu zamówienia, a więc decyzje o wiele dalej idące niż tylko przesunięcie środków w ramach łącznego budżetu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 25 lutego 2020 r. wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający podtrzymał swoją ocenę, że dokument ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej został wystawiony dla innego wykonawcy (konsorcjum) niż Wykonawca, który złożył ofertę i tym samym nie zabezpieczenia tej oferty, gdyż istotą wadium jest zabezpieczenie oferty wykonawcy złożonej w postępowaniu. Jest to element tworzący treść zobowiązania gwaranta i warunkujący skuteczność ewentualnych roszczeń z tego tytułu. Stąd przedstawioną przez Konsorcjum gwarancję wadialną uznać należy za obarczoną wadą, która nie pozwala na należyte zabezpieczenie interesów Zamawiającego, a tym samym nie spełnia swojej podstawowej gwarancyjnej roli. Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polega na objęciu jej zakresem podmiotu, który nie bierze udziału w postępowaniu, bo ostatecznie nie złożył oferty.

Według Zamawiającego Odwołujący - jako podmiot profesjonalny, od lat działający w obrocie gospodarczym - winien w sposób należyty przygotować się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym złożyć prawidłową gwarancję wadialną, określającą w sposób jednoznaczny podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie może czynić z gwarancji wadialnej swoistej otwartej listy podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż tolerowanie takiego postępowania wykonawców byłoby sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz stawiałoby Odwołującego na uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący błędnie twierdzi, że zgodnie z aktualnym stanowiskiem judykatury w treści gwarancji wadialnej nie musi zostać odzwierciedlony krąg podmiotów, które są wykonawcą. Zamawiający podkreślił, że stan faktyczny postępowań

w sprawach, na które powołuje się Odwołujący dotyczy sytuacji, w których w postępowaniu bierze udział więcej podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, aniżeli wskazane w gwarancji wadialnej. W ocenie Zamawiającego stosowanie powyższych reguł do sytuacji, w której wykonawca w przedstawionej gwarancji wadialnej wykazuje bliżej nieokreślony, otwarty krąg podmiotów prowadziłoby w istocie do nieuprawnionego derogowania obowiązujących przepisów pzp (w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 7) przez wykonawców i zamawiających, tylko z uwagi na rzekomy zbytni formalizm obowiązujących

regulacji.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wyrok Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17) dotyczył rozstrzygnięcia odmiennego problemu prawnego, czy przedstawiona zamawiającemu gwarancja wadialna ubezpieczyciela spełniała wymagania prawidłowego i wystarczającego zabezpieczenia („zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy" - art. 184 pzp), skoro w jej treści ujawniono jako zlecającego tylko jednego uczestnika konsorcjum wykonawczego. Chodziło zatem o prawną wystarczalność gwarancji wadialnej udzielonej na zlecenie jednego z konsorcjantów w postępowaniu przetargowym. Jak zauważył Sąd Najwyższy, prawna skuteczność żądania zamawiającego (beneficjenta gwarancji) wobec gwaranta ma decydujące znaczenie dla stwierdzenia, czy objęcie gwarancją wadialną jednego z uczestników konsorcjum jako podmiotu zlecającego udzielenie ubezpieczycielowi gwarancji w związku ze wspólnym ubieganiem się przez to konsorcjum o zamówienie czyni tę gwarancję prawidłową i wystarczającą dla spełnienia jej funkcji. Zamawiający powinien mieć zatem pewność, że w razie pojawienia się przesłanek przepadku wadium przewidzianych w przepisach Prawa zamówień publicznych będzie mógł skutecznie skorzystać z zabezpieczenia gwarancyjnego w postaci uzyskania sumy gwarancyjnej odpowiadającej ustalonemu wadium, niezależnie od tego, któremu z konsorcjantów będzie można zarzucić niewykonanie obowiązków przewidzianych w ustawie pzp i tym samym uniemożliwienie zawarcia przez zamawiającego umowy z konsorcjum.

Według Zamawiającego jeżeli dla ukształtowania gwarancji ubezpieczeniowej miarodajne miałyby być reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej, za niedopuszczalne należy uznać udzielenie przez ubezpieczyciela gwarancji na rzecz podmiotu tym niezainteresowanego. Jak wskazuje się bowiem w doktrynie, podstawą udzielenia gwarancji czy otwarcia akredytywy przez bank powinno być zlecenie innego podmiotu, który może, ale nie musi być klientem banku. Z reguły zlecenie takie będzie pochodziło od osoby, której zobowiązanie mą zostać zabezpieczone gwarancją, poręczeniem lub akredytywą, ale nie ma przeciwwskazań, aby pochodziło także od innej osoby. Bank nie ma interesu w tym, aby z własnej inicjatywy ustanawiać tego typu

zabezpieczenia (por. Arkadiusz Kawulski, Prawo bankowe. Komentarz, LexisNexis 2013).

Stąd zdaniem Zamawiającego należy uznać, że gwarancja wadialna została udzielona bez wiedzy i zlecenia trzeciego podmiotu, niebiorącego udziału w postępowaniu, a zatem jest wadliwa i nie spełnia wymogów, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp, gdyż wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy (wystąpił brak spójności gwarancji wadialnej).

Zdaniem Zamawiającego dostrzec trzeba, że pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, poza sytuacją opisaną w art. 141 pzp, tj. wykonaniem umowy i wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie istnieje odpowiedzialność solidarna wobec zamawiającego. Jeśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia byliby zobowiązani z oferty solidarnie, wystarczyłoby żeby jeden albo niektórzy z nich zawarli umowę z zamawiającym. Jednak umowę może zawrzeć tylko wykonawca, który złożył ofertę, czyli pełne konsorcjum. Zasada ta wywodzi się wprost z zasady wyrażonej w art. 7 ust. 3 pzp, tj. że zamówienia można udzielić tylko wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Nie ma innych zasad wnoszenia wadium dla wykonawców indywidualnie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W obu wypadkach w gwarancji musi zostać wskazany wykonawca i do tego musi on zostać wskazany poprawnie - różnica ta będzie tylko taka, że w pierwszym przypadku będzie to nazwa jednego podmiotu, a w drugim dwóch lub więcej (por. wyrok Izby z 16 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2640/15). W opinii Zamawiającego w świetle przywołanego orzeczenia nie można uznać, że wykonawca (w tym wypadku Odwołujący) wskazał poprawnie wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że gwarancja wadialna ma charakter abstrakcyjny i samoistny, czyli niezależny od istnienia, zakresu i ważności innego zobowiązania, w tym będącego przedmiotem zabezpieczenia zobowiązania podstawowego. Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny,

jasny i interpretowana w sposób ścisły. Treść gwarancji wadialnej musi obejmować wszystkie enumeratywnie wymienione w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy pzp okoliczności.
Dla skutecznego zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego winna wskazywać jasno na wykonawcę lub wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie danego zamówienia (por. wyrok Izby z 10 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1363/16).

W okolicznościach tej sprawy wystąpiła natomiast, jak to określił Zamawiający: ...różnorodność w podmiotach ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, co rodzi dysonans w zakresie rzeczywistego kręgu podmiotów wskazanych w gwarancji ubezpieczeniowej a podmiotów faktycznie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Według Zamawiającego w orzecznictwie wskazuje się również, że wykonawca, zarówno w treści oferty, jak i w treści gwarancji wadialnej tę ofertę zabezpieczającej, powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam oferent, nie można przypisać danej gwarancji do danej oferty. Tym samym z jednej strony nie ma więc oferty zabezpieczonej gwarancją wadialną, a z drugiej gwarancją nie została zabezpieczona złożona oferta. Nie ma zatem znaczenia, czy w danej gwarancji została podana prawidłowa nazwa postępowania, kwota wadium, bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie do wypłaty, jeśli nie ma „tylko" oferty, którą gwarancja zabezpiecza. Gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa jest czynnością abstrakcyjną, czyli oderwaną od kauzy, tj. przyczyny dokonania danej czynności. Z punktu widzenia gwarancji i gwaranta oraz beneficjenta gwarancji istotna jest więc jej treść, a nie stosunki łączące gwaranta i wykonawcę, wykonawcę i zamawiającego, czy też wewnętrzne stosunki wykonawców (konsorcjantów) (por. wyrok Izby z 21 października 2016 r. sygn. akt KIO 1833/16).

Stąd świetle przywołanego orzeczenia zdaniem Zamawiającego nie można przypisać złożonej gwarancji wadialnej od oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, gdy występują różnice w podmiotach wskazanych w ofercie i gwarancji wadialnej.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego decyzje o zwiększeniu kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są czynnościami leżącymi w wyłącznej gestii zamawiających, ewentualnie są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych wyższego stopnia. Art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp dopuszcza wprost możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Możliwość podwyższenia tej kwoty stanowi jego uprawnienie, a nie obowiązek. Zmiana przepisu z przyjęciem treści obecnie obowiązującej dała zamawiającemu uprawnienie do podjęcia decyzji uzasadnionej jego celem podstawowym. To uprawnienie nie oznacza jednak nałożenia na zamawiającego obowiązku korygowania uprzednio ustalonych i ogłoszonych zamiarów co do kwoty przewidzianej do wydatkowania. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (por. wyrok Izby z 26 września 2019 r. sygn. akt KIO 1676/19).

Zamawiający skonstatował, że w prowadzonym postępowaniu określił wartość poszczególnych części i tym samym zaakceptował ich realizację za konkretnie wyliczone kwoty. Wartość ofert przekraczała oszacowanie o około 15% (odrzucona oferta nr 9) i ok. 20% (kolejna oferta). Ponieważ środki na realizację zamówienia w dużej mierze są w tym roku okrojone, gdyż pochodzą ze środków na bieżące utrzymanie sieci drogowej, za bezprzedmiotowe należy uznać powołanie się przez Odwołującego na inne postępowania prowadzone przez Zamawiającego, w tym na postępowanie z 2018 r., kiedy to możliwości finansowania zamówienia dot. utrzymania autostrady A1 były zgoła odmienne, a ponadto

postępowanie to nie było tożsame z niniejszym.

Zdaniem Zamawiającego okoliczność, że w innej części oferta z najniższą cen a została skalkulowana poniżej jego oszacowania, nie obliguje go do przeniesienia tej kwoty na inne zadanie i ponoszenia wyższych kosztów, aniżeli pierwotnie założył.

Zamawiający oświadczył, że zaoszczędzone pieniądze przeznaczy na inne pilne cele, w tym na remonty nawierzchni czy odnowę oznakowania poziomego, co w istotny sposób może mieć przełożenie na poprawę bezpieczeństwa użytkowników dróg.

Jak wskazuje się również w orzecznictwie Izby, zamawiający związany jest kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy pzp odczytał przed otwarciem ofert, ale jedynie w tym znaczeniu, że nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oznacza to, że jest zobowiązany udzielić zamówienia wykonawcy, który wskazał w ofercie cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Jeśli

jednak stwierdzi, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą wstępnie przewidział na realizację zamówienia, może dowolnie, a co najwyżej ograniczany jest przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Sformułowanie „może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty" należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków na dany cel (por. wyrok Izby

z 29 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1593/19).

Zamawiający podsumował, że Skarb Państwa zobowiązany jest w sposób racjonalny wydatkować pieniądze publiczne, stąd w przedmiotowej sprawie nie godzi się na ponoszenie wyższych kosztów niż pierwotnie zakładał i - co wynika wprost z jednolitej linii orzeczniczej - posiada w tym zakresie pełen luz decyzyjny.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenie postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia Przystępującego, względnie zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}

Zarzut odwołania jest niezasadny.

Odrzuconą ofertę nr 9 na część 2. zamówienia złożył Odwołujący Konsorcjum: P.H.U.

„U." Z. U. jako Lider, H. sp. z o.o. sp. k. jako Partner Konsorcjum.

Do oferty dołączono „Ubezpieczeniową Gwarancję Zapłaty Wadium", w której wskazano, że gwarancja została wystawiona „na wniosek H. SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKI KOMANDYTOWEJ, z siedzibą w: 42-283 BORONÓW, przy ul. CZĘSTOCHOWSKA 14, NIP: 575188..37, REGON: 24306..52 (zwanej dalej

„Zobowiązanym") reprezentującej Konsorcjum, w skład którego wchodzi:

1. Pan Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „U." Z. U., wpisany do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, NIP: 757133..44, REGON: 55073..22 - Lider Konsorcjum

2. H. POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKI KOMANDYTOWEJ, z siedzibą w: 42-283 BORONÓW, przy ul. CZĘSTOCHOWSKA 14,

NIP: 575188..37, REGON: 24306..52 - Partner Konsorcjum

3. ABRAMSS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, z siedzibą w: 00-012 WARSZAWA, ul. Zgoda 13/62, NIP: 679315..06, REGON: 36754..15 - Partner Konsorcjum.

Reasumując, z powyższego dokumentu wynika jednoznacznie, że gwarancja została wystawiona w związku ze złożeniem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty przez konsorcjum składające się z trzech wymienionych w jego treści podmiotów, choć ofertę złożyło konsorcjum składające się z dwóch spośród tych podmiotów.

Ponadto P.H.U. „U." Z. U. na część 1. zamówienia złożył ofertę wspólnie z innym wykonawcą niż w części 2., która prawidłowo została zabezpieczona wadium.

W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Po pierwsze, wskazać należy, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, gdyż wtedy może spełnić ono swoją funkcję zabezpieczającą. Art. 45 ust. 6 ustawy pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w takim samym stopniu zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Aby tak się stało, nie może być jakichkolwiek wątpliwości co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada.

Następnie dostrzec należy, że zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny, tj. niezależny od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji, oraz samodzielny (nieakcesoryjny) tzn. jego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Dlatego istnienie i zakres tego samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji. W odniesieniu do gwarancji bankowej, jej abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.). Analogiczne cechy należy przypisać gwarancji ubezpieczeniowej, która swoim charakterem jest bardzo zbliżona do gwarancji bankowej. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, która jest wyznaczona samą treścią gwarancji. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Wobec powyższego stwierdzić należy, że prawidłowe wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wymaga prawidłowego określenia w treści tej gwarancji tych wszystkich elementów, które determinują skuteczność ewentualnych roszczeń zamawiającego.

Wreszcie podkreślenia wymaga, że wadium musi być prawidłowo wniesione do upływu terminu składania ofert, a późniejsze zmiany gwarancji wadialnej czy oświadczenia gwaranta niemające oparcia w treści pierwotnie sporządzonego dokumentu, nie mogą sanować błędów, które mogą mieć wpływ na skuteczność roszczeń zamawiającego, przesądzając tym samym o skutecznym wniesieniu wadium. Wynika to

z następujących okoliczności: po pierwsze - oferta od początku i nieprzerwanie musi być

zabezpieczona wadium, po drugie - to na podstawie dokumentu załączonego do oferty zamawiający dokonuje oceny prawidłowości wadium i podejmuje decyzję w przedmiocie ewentualnego odrzucenia oferty, po trzecie - dopuszczenie naprawiania wad gwarancji

wadialnej po terminie składania ofert stałoby w sprzeczności z jedną z naczelnych zasad

udzielania zamówień publicznych, tj. z zasadą równego traktowania wykonawców oraz art.

45 ust. 3 pzp, który wprost stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania

ofert.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że wadliwość gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Odwołującego polegała na braku tożsamości podmiotowej w odniesieniu do oferty oraz dokumentu stanowiącego jej

zabezpieczenie. W gwarancji wprost stwierdza się, że wykonawcą są trzy podmioty

działające łącznie jako konsorcjum, tymczasem ofertę na część 2. złożyły tylko dwa spośród tych podmiotów. W takiej sytuacji należy przyjąć, że gwarant mógłby się skutecznie uchylić od odpowiedzialności, jako że nie gwarantował za podmiot, który faktycznie ofertę złożył. Już

samo istnienie takiego obiektywnie uzasadnionego ryzyka powoduje, że oferta nie jest prawidłowo zabezpieczona.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że o prawidłowym

zabezpieczeniu oferty wadium przesądza okoliczność, że w treści gwarancji prawidłowo określono jej beneficjenta oraz postępowanie przetargowe, którego gwarancja dotyczy. Tych dwóch elementów nie można uznać za wystarczające i stanowiące o skutecznym wniesieniu wadium, równie istotne jest bowiem - jako wyznaczające zakres zobowiązania gwaranta - określenie, czyją ofertę gwarancja zabezpiecza. Istotą wadium jest przecież zabezpieczenie konkretnej oferty składanej przez konkretnego wykonawcę.

Odnosząc się do orzecznictwa, które Odwołujący przywołał na poparcie swojego stanowiska, zauważenia wymaga, że jest ono nieadekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Dotyczy to również wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17. Orzeczenia te odnoszą się do odmiennej sytuacji, w której ofertę składa konsorcjum, a w gwarancji wskazany jest tylko jeden z członków tego konsorcjum. W odniesieniu do takiej sytuacji wystąpiła w orzecznictwie Izby, a także sądów sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, rozbieżność dotycząca oceny prawidłowości gwarancji wadialnej, czego skutkiem było wniesienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skargi kasacyjnej na jedno z orzeczeń negatywnie oceniające taki dokument. Z takim przypadkiem nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, natomiast z faktu uwzględnienia przez Sąd Najwyższy skargi kasacyjnej, w której zagadnienie prawne koncentrowało się wokół kwestii umocowania członka konsorcjum wskazanego w gwarancji, nie sposób wnioskować o prawidłowości wadium w takim stanie faktycznym, jaki ma miejsce w niniejszej sprawie.

Następnie uznać należy, że z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia o prawidłowości wadium Odwołującego nie może świadczyć sporządzone i przedstawione po upływie terminu określonego w art. 45 ust. 3 ustawy pzp dopiero w postępowaniu odwoławczym oświadczenie ubezpieczyciela, zgodnie z którym uznaje on przedmiotową gwarancję za ważną i skuteczną również w sytuacji, w której ofertę złożyły dwa spośród trzech wymienionych w niej podmiotów. Dokument ten nie została przedstawiony Zamawiającemu w ustawowym terminie. Ponownie podkreślić należy, że obowiązkiem wykonawcy jest wniesienie wadium w ustawowym terminie. Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy pzp wadium wnosi się bowiem przed upływem terminu składania ofert. Z przepisu tego jednolicie w orzecznictwie Izby i sądów sprawujących nadzór nad orzecznictwem Izby wywodzi się, że ustawa pzp nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej (por. wyrok Izby z 6 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1046/17).

{rozpoznanie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów}

Zarzut odwołania jest niezasadny

Rozpoznając odwołanie Izba stanęła przed koniecznością rozstrzygnięcia kwestii prawnej, jaka rodzi się na tle zastosowania normy ujętej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, tj. czy dla ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania konieczne jest wykazanie przez zamawiającego, że nie miał możliwości pozyskania dodatkowych środków ponad kwotę podaną przy otwarciu ofert, co pozwoliłoby na wybór oferty przekraczającej uprzednio zaplanowane i przewidziane postępowania środki na sfinansowanie zamówienia. W ocenie składu orzekającego powyższy przepis powinien był interpretowany w taki sposób, że część jego hipotezy - w której mowa jest o cenie najkorzystniejszej oferty lub ofercie z najniższą ceną przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - określa przesłankę konieczną dla unieważnienia postępowania. Natomiast druga część hipotezy, po słowach „chyba że" ustala warunek, pod jakim możliwe jest dalsze prowadzenie przez zamawiającego postępowania pomimo wystąpienia przesłanki opisanej w pierwszej części hipotezy. Inaczej mówiąc ustawodawca wprowadził do art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp zapis, który łagodzi kategoryczny nakaz, jaki wynikał z wcześniejszego brzmienia przepisu, obligującego zamawiającego bezwzględnie do unieważnienia postępowania, niezależnie od zmiany sytuacji finansowej, która pozwalałaby na wybór oferty z ceną przekraczającą wysokość środków finansowych zakładanych przez zamawiającego. Takie rozumienie przepisu oznacza, że dla ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania

wystarczające jest zaistnienie sytuacji, w której oferta najkorzystniejsza lub z najniższą ceną przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W konsekwencji skład orzekający w całości podziela pogląd prezentowany w orzeczeniach powołanych m.in. w odpowiedzi na odwołanie, że możliwość zwiększenia kwoty środków na sfinansowania zamówienia dotyczy sfery decyzyjnej pozostawionej do uznania zamawiającego. Decyzja ta wymaga zachowania przejrzystości, stąd dla odstąpienia od obowiązku unieważnienia postępowania zamawiający zobowiązany jest wykazać w protokole, że taka możliwość wystąpiła. Nie jest natomiast prawidłowe wywodzenie z tego przepisu obowiązku wykazania przez zamawiającego braku możliwości zwiększenia kwoty ponad podaną przy otwarciu ofert wysokość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Skoro obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie przy otwarciu ofert kwoty środków, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, należy uznać, że środki te, jako zabezpieczone w budżecie na realizację przedsięwzięcia, pozwolą na udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może dowolnie ograniczać tej kwoty, co mogłoby spotkać się z zarzutem działania naruszającego zasady postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawodawca nie nałożył natomiast na zamawiającego obowiązku poszukiwania dodatkowych środków, gdyby te zabezpieczone w momencie wszczęcia postępowania okazały się niewystarczające. W tej sytuacji nie ma podstaw do formułowania nakazu uzasadnienia przyczyn, które uniemożliwiają zamawiającemu przeznaczenie dodatkowych kwot na realizację przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała tezy Odwołującego o braku właściwego uzasadnienia za bez znaczenia dla sprawy.

W okolicznościach tej sprawy należy podzielić zapatrywanie Zamawiającego, że poszczególne części przedmiotowego zamówienia są w istocie odrębnie kontraktowanymi i finansowanymi zamówieniami, które łączy jedynie tożsame wszczęcie procedury przetargowej oraz elementy proceduralne. Obie części zamówienia nie są bowiem ze sobą powiązane w ten sposób, że jedna bez drugiej traci sens gospodarczy, gdyż obie dotyczą

analogicznego zakresu rzeczowego, a innego zakresu terytorialnego. Skoro ustawodawca

przewidział możliwość odrębnego podania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie odrębnych części zamówienia, w razie skorzystania z takiej możliwości, jak to miało miejsce w tym postępowaniu, nie ma podstaw prawnych ani faktycznych, aby wnioskować o możliwości zwiększenia środków finansowych przewidzianych na daną część z tego względu, że w ramach innej części zamówienia wyłoniono ofertę za odpowiednio niższą cenę.

Decyzja o zwiększeniu środków powinna być uzasadniona, a Zamawiający ma prawo do ustalenia, czy przy danych warunkach rynkowych wybór oferty droższej okaże dla niego się korzystny. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać zasad wydatkowania środków publicznych, tak aby nie narazić się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Założenie Odwołującego, że w każdym przypadku Zamawiający powinien wykazać, iż nie ma dodatkowych środków, pomija istotną kwestię racjonalności decyzji o wyborze oferty droższej niż zakładany próg wydatków przewidzianych w budżecie Zamawiającego. Ostatecznie do decyzji Zamawiającego pozostawiono możliwość pozyskania (przesunięcia) środków, jeżeli decyzja ta ma według niego racjonalne podstawy. Stąd sam wniosek o niedostatecznej analizie możliwości finansowania zamówienia nie mógł decydować o wyniku oceny czynności unieważnienia postępowania.

Okoliczności faktyczne sprawy, tj. uwarunkowania związane z uprzednio prowadzonymi postępowaniami, rozstrzygnięciem części 1. w tym postępowaniu i zamówieniami tego samego rodzaju, które jeszcze Zamawiający musi udzielić, wbrew temu, co usiłował wywieść Odwołujący na rozprawie, wcale nie wskazują jednoznacznie, aby możliwość zwiększenia środków rzeczywiście istniała w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Po pierwsze, Odwołujący nie wziął pod uwagę tego, że na obszarze, który był przedmiotem części 2., jak dotychczas usługi realizowane są w innej formule rozliczeń, co umożliwia Zamawiającemu zlecanie tylko tych czynności, które uważa za konieczne, dzięki czemu nie musi wydatkować większych środków finansowych niż zaplanował. Po drugie, Odwołującemu - który dla wykazania, że Zamawiający dysponuje możliwością zwiększenia środków na część 2. na rozprawie dodatkowo powołał się na łączną kwotę zaplanowaną na całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych na obszarze właściwości oddziału GDDKiA w Łodzi - umknęło, że dla niektórych dróg postępowanie nie zostało przeprowadzone, co niweczy sens wyliczeń przedstawionych w odwołaniu i na rozprawie.

Z tych względów Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie

do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając

Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.