Sygn. akt: KIO 361/20

WYROK

z dnia 3 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2020r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DEMIURG Project S.A., DEMIURG Sp. z o.o. Sp. k., Home of Houses Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

a. An Archi Group Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach.
b. PAS PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DEMIURG Project S.A., DEMIURG Sp. z o.o. Sp. k., Home of Houses Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DEMIURG Project S.A., DEMIURG Sp. z o.o. Sp. k., Home of Houses Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Poznaniu kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na opracowanie pełnej dokumentacji projektowej na wykonanie inwestycji pn. Budowa Nowego Budynku Mieszkalnego i kompleksowa przebudowa Stacji im. Arctowskiego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „Pzp"

W dniu 21 lutego 2020r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DEMIURG Project S.A., DEMIURG Sp. z o.o. Sp. k., Home of Houses Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp przez przyjęcie, iż gwarancja wadialna, w której treści powołano nazwę tylko jednego konsorcjanta stanowi o tym, że Odwołujący wniósł wadium w niewłaściwej formie, a zatem zachodzą przesłanki odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny oferty Odwołującego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśnił, że gwarancja wadialna ustanowiona za zlecenie Demiurg Sp. z o.o. Sp.k wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. została wystawiona z uwagi na uzgodnienie przez strony w przedwstępnej umowie konsorcjum oraz przyrzeczonej umowie konsorcjum, iż to właśnie Demiurg Sp. z o.o. Sp. k. zawrze z zakładem ubezpieczeń umowę zlecenia udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej. Umowa zlecenia gwarancji ubezpieczeniowej została zawarta po zawarciu przedwstępnej umowy konsorcjum, a przed zawarciem przyrzeczonej umowy konsorcjum. Odwołujący podkreślił, że udzielenie gwarancji nastąpiło w wykonaniu zobowiązań przyjętych przez wszystkich członków konsorcjum w ramach przygotowań do złożenia wspólnej oferty i w oparciu o pełnomocnictwo udzielone Demiurg Sp. z o.o. Sp. k. przez pozostałych członków konsorcjum. Na dowód załączył do odwołania przedwstępną umowę konsorcjum oraz umowę konsorcjum. Konsorcjum wypełniło wszystkie warunki określone przez Zamawiającego w treści SIWZ. Brak w treści SIWZ wymogu, aby w gwarancji wskazani zostali wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w treści odrzucenia jego oferty jest błędne. Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia ma właściwe zrozumienie stanowiska SN w wyroku z dnia 15 lutego 2018r. IV CSK 86/17, który to wyrok zapadł w zbieżnym stanie faktycznym. SN stanął na stanął na stanowisku, iż możliwe jest skuteczne wniesienie wadium poprzez przedstawienie gwarancji ubezpieczeniowej właśnie przez jednego z członków konsorcjum, a nie jak błędnie wskazuje Zamawiający w treści tego dokumentu muszą być wskazani wszyscy członkowie tego stosunku prawnego. Zamawiający, dokonując analizy stanu faktycznego skupił się wyłącznie na treści § 1 umowy gwarancji, zgodnie z którym „Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego". Zamawiający rozciągnął wnioski wyprowadzone z treści tego jednego zdania na całą umowę gwarancji, co skutkowało brakiem analizy przedmiotowej klauzuli w kontekście: § 1 jako całości, § 2 ust. 1 i ust. 2 gwarancji i § 3 ust. 1 gwarancji.

Odwołujący podkreślił, że gwarancja stanowi wprost, że w przypadku złożenia gwarantowi: oświadczenia o wystąpieniu w postępowaniu przetargowy choćby jednej z sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, wezwania podpisanego przez osoby uprawnione do składania oświadczeń z podaniem rachunku bankowego, gwarant zobowiązany jest do nieodwołanej i bezwarunkowej zapłaty' maksymalnej kwoty do 30.000,00 zł.

Treść gwarancji nie zawiera żadnego zawężenia możliwości zapłaty przez gwaranta podanej w niej sumy tylko do sytuacji odnoszącej się ściśle do osoby spółki wskazanej w jej treści, lecz odnosi przesłanki wskazane w § 3 ust. 2 tylko do postępowania przetargowego wskazanego w § 1, która może dotyczyć podmiotu w niej niewskazanego.

Istotną kwestią pominiętą przez Zamawiającego jest brak wyjaśnienia zagadnienia: czy możliwe jest uznanie naruszenia przez spółkę niewymienioną w gwarancji któregokolwiek z warunków wskazanych w art. 46 ust. 4A i ust. 5 bez skutku dla podmiotu ujawnionego w gwarancji? Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej, gdyż za każde zaniechanie podmiotu pominiętego w gwarancji odpowiada podmiot ujawniony w gwarancji. Stanowisko takie wynika wprost z faktu, iż wszystkie obowiązki są wspólnymi dla wykonawców łącznie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż należy ich traktować jako jednego wykonawcę1. Każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiada za wszelkie działania bądź zaniechania innego wykonawcy, który wspólnie przystępuje do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją tej okoliczności jest to, iż Zamawiający (beneficjent) może złożyć gwarantowi oświadczenie o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta, także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, co z punktu widzenia formalnego aktualizuje formalną przesłankę zapłaty przez gwaranta.

Zamawiający nie może pominąć istoty gwarancji ubezpieczeniowej, z której wynika, że ma ona charakter zobowiązania abstrakcyjnego i samoistnego, co oznacza, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego Zobowiązanego (Demiurg Sp. z o.o. Sp. k.) z beneficjentem (Zamawiającym), będącego podstawą udzielenia gwarancji. Dokument gwarancyjny o charakterze abstrakcyjnym charakteryzuje się bowiem tym, że gwarant podejmuje decyzję o zapłacie z tego dokumentu badając jedynie fakt, czy spełnione są przesłanki wynikające z jej treści czyli w § 3 ust. 2. Z treści gwarancji złożonej w analizowanym postępowaniu wynika, że jest ona bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie, co w powiązaniu z jej abstrakcyjnym charakterem powoduje, że ewentualna wypłata z tytułu gwarancji nastąpi automatycznie po złożeniu oświadczenia przez Zamawiającego o zaistnieniu przesłanek skutkujących wypłatą wadium.

Odwołujący podkreślił, że w dacie wystawiania gwarancji wadialnej (02.01.2020 r.) Demiurg Sp. z o.o. Sp. k. była pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej, w związku z zobowiązaniem do zawarcia umowy konsorcjum które zostało zawiązane w celu wspólnego złożenia oferty i tym samym wspólnego złożenia wadium. W konsekwencji gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. sygn. akt IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. sygn. akt CXXII Ga 1313/15).

W okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Odwołującego, bezsporne jest, że wniesienie wadium przez Demiurg Sp. z o.o. nastąpiło także w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawcy: An Archi Group Sp. z o.o. oraz PAS PROJEKT Sp. z o.o. wnieśli o oddalenie odwołania. Podnosili, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, gwarancja wadialna nie została wniesiona w sposób prawidłowy i nie stwarza dla Zamawiającego podstawy do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia doprowadził do wystąpienia zdarzenia stanowiącego podstawę zatrzymania wadium. Zastrzeżenia w § 1, że „Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego” powoduje, że w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium z przyczyn leżących po stronie członka konsorcjum Demiurg Project S.A. lub Home od Houses sp. z o.o. brak możliwości skutecznego żądania zapłaty wadium przez gwaranta. Zdaniem Zamawiającego, w treści pkt 8.3 SIWZ Zamawiający nałożył na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby w składanych gwarancjach jako zobowiązani zostali wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia i postanowienie to było wiążące dla wszystkich wykonawców. Zamawiający podniósł, że wniesienie wadium

należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji wadium wnoszone w postaci gwarancji powinno w swej treści zawierać informację, że podmiotem zabezpieczającym zapłatę wadium jest konsorcjum, a nie wyłącznie członek konsorcjum. Objęcie gwarancją tylko jednego członka konsorcjum spowoduje, że gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie innego z wykonawców. Niejednoznaczne określenie podmiotu, za który gwarant odpowiada może być podstawą zarzutów gwaranta wobec beneficjenta gwarancji wynikających z treści gwarancji. W przypadku wniesienia gwarancji znaczenie ma wyłącznie stosunek między gwarantem a zamawiającym jako beneficjentem, którego treść wynika z listu gwarancyjnego. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że skoro w dacie wystawienia gwarancji wadialnej Demiurg Sp. z o.o. sp.k. była pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie uzyskania gwarancji wadialnej to gwarancja wystawiona na rzecz jednego z członków konsorcjum spełnia wymagania ustawowe. Jak wynika z załączonych umów w dniu 2 stycznia 2020r. nie została zawarta umowa konsorcjum, a jedynie obowiązywała przedwstępna umowa konsorcjum. Konsorcjum nie istniało zatem w dniu wystawienia gwarancji wadialnej na rzecz Demiurg sp. z o.o. sp.k. Dokumenty przedstawione przez Odwołującego wraz z odwołaniem potwierdzają jedynie, że gwarancja wadialna została wystawiona na rzecz jednego podmiotu i jedynie w celu zabezpieczenia złożonej przez niego oferty. Z treści gwarancji nie wynika, że ubezpieczyciel miał świadomość zawarcia umowy przedwstępnej konsorcjum. Umowy te nie zostały przedstawione Zamawiającemu wraz z ofertą. W dalszej części pisma procesowego, Zamawiający odniósł się szeroko do orzeczenia SN.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W pkt 8 SIWZ Zamawiający ustalił wadium w wysokości 30 000zł. W pkt 8.3 wskazał, że w przypadku składania wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej gwarancja winna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące elementy: a. nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta, gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielającej gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib, nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego, nazwę zamówienia, b. określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją, c. kwotę gwarancji, d. termin ważności gwarancji, e. bezwarunkowe i nieodwołane zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego (..)

Odwołujący - DEMIURG Project S.A., DEMIURG Sp. z o.o. Sp. k., Home of Houses Sp. z o.o. - złożył Zamawiającemu gwarancję zapłaty wadium z dnia 02.01.2020r. Nr 998-A-889020, wystawioną przez Uniqua Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Jako Beneficjenta wskazano: Instytut Biochemii i Biofizyki PAN, Zobowiązany (oferent) Demiurg Sp. z o.o. Sp. k. W § 1 wskazano, że „Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego do wysokości sumy gwarancyjnej 30 000 w związku z ogłoszonym przetargiem, którego przedmiotem jest opracowanie pełnej dokumentacji projektowej na wykonanie inwestycji pn. Budowa Nowego Budynku Mieszkalnego i kompleksowa przebudowa Stacji im. Arctowskiego „Arctowski - PolarPOL - Polskie Multidyscyplinarne Laboratorium Badań Polarnych w Antarktyce” wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji inwestycji.

W § 2 podano, że „Gwarant zobowiązuje się nieodwołanie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do wysokości sumy gwarancyjnej określonej w § 1 „Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty, spełniającego wymogi formalne określone w § 3 ust. 1 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że wystąpiła jedna z sytuacji określonych w art. 46 ust. 4 a i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. z późn. zmianami”.

Zamawiający w dniu 12.02.2020r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b z uwagi na to, że wadium zostało wniesione przez jednego z członków konsorcjum, składającego ofertę.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.
Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 b Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Stosownie zaś do art. 45 ust. 3 Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, 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 Pzp.

Jak wskazał SN w przywoływanym przez strony wyroku z dnia 15 lutego 2018r. IV CSK 86/17 „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 27marca 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 przypadku gwarancji „bezwarunkowej" i „na pierwsze żądanie", jaka została złożona w tym postępowaniu strony uzależniają ciążący na gwarancie obowiązek zapłaty jedynie od skierowania do nich przez beneficjenta żądania zapłaty ewentualnie połączonego z jego oświadczeniem, że zabezpieczane zobowiązanie nie zostało wykonane przez dłużnika.

Zadaniem SN o zakresie zobowiązania gwaranta decyduje treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie; ustalenie wynikającego z treści gwarancji stopnia zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem (ważnością), treścią i zdarzeniami (zwłaszcza niewykonaniem zobowiązania) dotyczącymi zabezpieczanego zobowiązania jest kwestią wykładni oświadczeń woli stron umowy gwarancji (art. 65 KC), uwzględniającej cały ich kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których zostały złożone. W przywołanym orzeczeniu SN wskazał także, 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. Trafnym jest zatem stwierdzenie Zamawiającego, zawarte w piśmie procesowym, że SN nie przesądził zasady, ale wskazał, iż o prawidłowości udzielonej gwarancji każdorazowo decyduje treść gwarancji wystawionej w konkretnych okolicznościach, która to treść może być ukształtowana w różny sposób.

Ponadto - według stanowiska SN - istotne znaczenia ma też stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), są świadczenia niepodzielne. „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 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie".

Konsorcjum jest rodzajem porozumienia zawartego między podmiotami, którego celem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego w postaci uzyskania zamówienia publicznego i

realizacji umowy. Istota konsorcjum sprowadza się do podejmowania przez jego członków wszelkich działań, których efektem ma być uzyskanie zamówienia publicznego. Z art. 23 ust. 2 Pzp wynika, że jeden z uczestników konsorcjum (pełnomocnik) reprezentuje pozostałych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy. Dyspozycja art. 23 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ma istotne znaczenie z punktu widzenia wniesienia wadium przez takich wykonawców. Skoro obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp dotyczą wykonawcy, to odnoszą się one do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których należy traktować jak jednego wykonawcę.

W zaistniałym stanie faktycznym oznacza to, w razie niewykonania któregokolwiek z obowiązków przez pozostałych, niewymienionych w treści gwarancji podmiotów: DEMIURG Project S.A. czy Home of Houses Sp. z o.o. odpowiedzialność z tego tytułu ponosiłby także Demiurg Sp. z o.o. sp.k, wskazany wprost w gwarancji, co w konsekwencji stanowiłoby przesłankę do wystąpienia Beneficjenta o zapłatę wadium.

Przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wadium było wnoszone wspólnie przez wszystkich członków konsorcjum. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, również postanowienia siwz w analizowanym stanie faktycznym nie wprowadzają żadnych wymagań odnośnie wniesienia wadium przez konsorcjum, w tym w szczególności obowiązku wskazania wszystkich członków konsorcjum w dokumencie wadialnym.

Izba, wydając orzeczenie bierze pod uwagę całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, oceniając wiarygodność i moc dowodową poszczególnych dowodów. Jako istotną przy ocenie prawidłowości udzielonej gwarancji wadium, Izba wzięła pod uwagę przedwstępną umowę o utworzeniu konsorcjum, złożoną przez Odwołującego przy odwołaniu. Umowa ta została zawarta 6 grudnia 2019 r. a zatem przed datą wystawienia gwarancji wadialnej, co miało miejsce 2 stycznia 2020 r. W § 2 tej umowy wskazano, m.in., że liderem konsorcjum będzie Demiurg Project S.A., wadium oraz zabezpieczenie należytego wykonania umowy wniesione zostanie w imieniu wszystkich członków konsorcjum przez Demiurg Sp. z o.o. sp.k., wadium wniesione będzie według wyboru Demiurg sp. z o.o. sp.k. w gwarancji bankowej lub gwarancji wadialnej. Treść tej umowy świadczy także o tym, że w dacie wystawienia gwarancji istniało już konsorcjum, a jego członkowie zgodnie dokonali podziału zadań, wskazując, że odpowiedzialnym za wniesienie wadium będzie Demiurg sp. z o.o. sp.k. Przedłożoną wraz z odwołaniem umowę przedwstępną utworzenia konsorcjum, Izba uznała za wiarygodny dowód w sprawie, z którego może skorzystać strona postępowania odwoławczego na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do czasu zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 zd. drugie).

Zdaniem Izby, cel wadium, jakim jest zabezpieczenie oferty wspólnej, został zapewniony. Ze złożonego przez Odwołującego w toku rozprawy oświadczenia TU Uniqua z dnia 27.02.2020r. wynika, że ubezpieczyciel dokona zapłaty wadium na rzecz beneficjenta w przypadku złożenia przez niego oświadczenia, iż zachodzą przesłanki określone w § 2 ust. 2 gwarancji, a zapłata nastąpi w terminie wskazanym w gwarancji. Ubezpieczyciel oświadczył, że znany jest mu fakt, iż zobowiązany z gwarancji (Demiurg Sp. z o.o. sp.k) bierze udział w postępowaniu przetargowym jako członek konsorcjum wraz dwoma innymi podmiotami. Wyjaśnił, że spowodowanie sytuacji stanowiącej podstawę żądania przez beneficjenta z gwarancji wypłaty kwoty przez członka konsorcjum z udziałem Demiurg Sp. z o.o. sp.k. niewymienionego w gwarancji, nie będzie stanowiło podstawy do odmowy jej wypłaty, skutkiem czego kwota wadium zostanie zapłacona zgodnie z treścią gwarancji.
Ze złożonego oświadczenia wynika, że ubezpieczyciel ma świadomość, tego, iż zobowiązany z gwarancji bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z innymi podmiotami i w sytuacji, gdy podstawę żądania zapłaty wadium będzie stanowiła okoliczność leżąca po stronie jednego z członków konsorcjum, niewymienionego wprost w treści gwarancji to ubezpieczyciel nie odmówi zapłaty wadium.

Zdaniem Izby, w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne, mając na uwadze całokształt okoliczności faktycznych sprawy tj. a. złożenie nieodwołanej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji ubezpieczeniowej wadium, w której treści wskazano konkretną nazwę i numer postępowania o zamówienie publiczne, wymieniono wszystkie ustawowe przesłanki zatrzymania wadium, b. złożenie przedwstępnej mowy konsorcjum zawartej przed wystawieniem gwarancji, c. jednoznaczne oświadczenie TU Uniqua o tym, że ma

świadomość, iż Demiurg Sp. z o.o. sp.k. ubiega się o udzielenie tego zamówienia z innymi podmiotami, nie można mieć wątpliwości, że wadium zostało skutecznie wniesione i zabezpiecza interesy Zamawiającego w stopniu nie gorszym niż wadium wniesione w gotówce.

Izba przychyla się do stanowiska, prezentowanego w szeregu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej jak również sądów powszechnych (np: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., Sygn. akt II CA 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 roku, Sygn. akt IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 roku, Sygn. akt XXII Ga 1313/15), zgodnie z którym gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: .....