

WYROK

z dnia 28 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STADION PRO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze oraz P. D. i A. D., prowadzących w formie spółki cywilnej działalność gospodarczą pod nazwą GRANI-TEC D. P. i D. A. S.C. w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Miasto Częstochowa

przy udziale wykonawcy InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Miasto Częstochowa unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STADION PRO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze oraz P. D. i A. D., prowadzących w formie spółki cywilnej działalność gospodarczą pod nazwą GRANI-TEC D. P. i D. A. S.C. w Rybniku oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Gminę Miasto Częstochowa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STADION PRO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze oraz P. D. i A. D., prowadzących w formie spółki cywilnej działalność gospodarczą pod nazwą GRANI-TEC D. P. i D. A. S.C. w Rybniku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Częstochowa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „STADION PRO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze oraz P. D. i A. D., prowadzących w formie spółki cywilnej działalność gospodarczą pod nazwą GRANI-TEC D. P. i D. A. S.C. w Rybniku kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych,) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Częstochowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 590/20

I. Gmina Miasto Częstochowa (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Centrum Piłki Nożnej w Częstochowie - przebudowa i rozbudowa obiektu sportowego przy ul. Bolesława Limanowskiego 83”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 stycznia 2020 r., nr pozycji 503329-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 18 marca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „STADION PRO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu oraz P.D. i A. D., prowadzący w formie spółki cywilnej działalność gospodarczą pod nazwą GRANITEC D. P. i D. A. S.C. w Rybniku (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych (w zw. z pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: SIWZ) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wniesione przez jednego z konsorcjantów, w treści którego nie wymieniono drugiego konsorcjanta, skutkować powinno uznaniem, że wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

(2) art. 65 § 1 i 2 w zw. z art. 366 § 1, 370, 380 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 141 Prawa zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i, w konsekwencji, wadliwe przyjęcie, że gwarancja wadium wystawiona na wniosek członka konsorcjum nie zabezpiecza w pełni interesów Zamawiającego, podczas gdy okoliczności sprawy, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje wskazują, że interesy te pozostają w pełni zabezpieczone, w szczególności poprzez powstanie solidarnej odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia;

a w konsekwencji,

(3) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, jego oferta została odrzucona nieprawidłowo z powodu błędnego uznania przez Zamawiającego, że wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy, ponieważ gwarancja wadium została wystawiona tylko na jednego z konsorcjantów. Po pierwsze, Odwołujący przywoływał pkt. 8 SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, że „wadium wniesione przez jednego ze współników konsorcjum uważa się za wniesione prawidłowo”. Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający nie zastosował się do treści wskazanego postanowienia. Tymczasem podnieść należy, że Zamawiający od momentu publikacji dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje związany jej treścią i tym samym zobligowany jest do jej uwzględniania podejmując decyzje i czynności.

Już zatem z uwagi na treść samodzielnie opracowanej SIWZ, obowiązkiem Zamawiającego było bezwzględne stosowanie się do jej treści na etapie oceny ofert, a tym samym uznanie, że oferta Odwołującego została zabezpieczona w sposób prawidłowy.

Po drugie, Odwołujący wskazywał, że przepisy dotyczące przesłanek odrzucenia oferty, z uwagi na swój sankcyjny charakter, podlegają restrykcyjnej wykładni. W żadnym przypadku nie jest możliwa ich wykładnia rozszerzająca, a odrzucenie oferty może nastąpić jedynie wówczas, gdy dany stan faktyczny wiernie odpowiada hipotezie normy prawnej wyznaczającej podstawę prawną odrzucenia oferty.

Odwołujący ponadto zwracał uwagę na przepisy Prawa zamówień publicznych odnoszące się do kwestii wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i wynikające z nich konsekwencje. Uprawnienie do ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców wynika wprost z art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 23 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców. Jak wskazuje Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 października 2015 r., z tego przepisu wyprowadzić należy wniosek, zgodnie z którym art. 23 ust. 3 Prawa zamówień publicznych statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (również w kwestii wnoszenia wadium), w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił, że dokument stanowiący wadium podlega wykładni właściwej oświadczeniom woli. Oznacza to, że oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tylko w ten sposób bowiem zamawiający dochowuje zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykładnia gwarancji złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu skłania do jednoznacznego wniosku, że intencją było zabezpieczenie interesu Zamawiającego bez względu na to, czy po stronie wykonawcy wystąpi jeden czy wielość podmiotów. Ponownego podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie wskazał dodatkowych wymogów, którym sprostać miałaby gwarancja składana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (na przykład poprzez zawarcie jednoznacznego obowiązku wskazania w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), wręcz przeciwnie - pkt 8 SIWZ wyznacza jednoznaczne przyzwoleń na złożenie wadium w formie gwarancji przez jednego z konsorcjantów.

Odwołujący również zwracał uwagę na charakter umowy gwarancji, przywołując wyrok z dnia 16 kwietnia 1993 r. (wydany w składzie siedmiu sędziów, mającym moc zasady prawnej), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że umowa gwarancji opatrzona klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" jest umową samodzielną i nieakcesoryjną, niejako oderwaną od stosunku podstawowego i jego losów. Cechą gwarancji jest obciążenie wystawcy ryzykiem transakcji związanym jedynie ze ściśle zdefiniowanymi okolicznościami ponoszenia takiego ryzyka (w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonymi w art. 46 ust. 4a i 5 Prawa zamówień publicznych). Tym samym wystawca 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 (związane np. z faktem ubiegania się przez zleceniodawcę o zamówienie wspólnie z innym wykonawcą). W wyroku z dnia 28 kwietnia 1995 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „Konsekwencją abstrakcyjnego charakteru zobowiązania gwaranta jest to, że nie może się on bronić przed żądaniem zapłaty sumy gwarancyjnej zarzutami wynikającymi ze stosunku podstawowego łączącego beneficjenta gwarancji ze zleceniodawcą gwarancji”. Potwierdza to w swoich orzeczeniach Izba: „Bezwarunkowość gwarancji polega na tym, że zamawiający nie uzasadnia swojego żądania, a ubezpieczyciel nie może badać podstaw, zasadności, zgodności ze stanem faktycznym żądania zapłaty”. Zachowanie przeciwne stałoby w sprzeczności z celami gwarancji bankowych czy ubezpieczeniowych

Odwołujący na rozprawie podtrzymał wszystkie zarzuty i argumentację odwołania. Wskazywał na orzeczenie Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r., sygnatura IV CSK 86/17, w którym sąd przesądził solidarną odpowiedzialność uczestników konsorcjum na etapie

składania oferty, wynikającą z niepodzielności świadczenia na tym etapie i wskazał, że badanie prawidłowości wniesienia wadium przez członka konsorcjum należy badać

każdorazowo w oparciu o okoliczności danej sprawy. Odwołujący zwracał uwagę na pkt 8 SIWZ, gdzie Zamawiający wprost dopuścił prawidłowość wadium wniesionego przez jednego z członków konsorcjum. Złożył do akt wyciąg ze SIWZ, będącej jednym z dokumentów, stanowiących podstawę wydania orzeczenia przez Sąd Okręgowy w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., sygnatura XII GA 555/18, na który powoływał się

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. W tymże wyciągu, dotyczącym sposobu wniesienia wadium, brak analogicznego postanowienia, jak w SIWZ niniejszego postępowania w pkt 8. W ocenie Odwołującego Zamawiający przez pkt 8 SIWZ dał zielone światło do wniesienia wadium o takiej treści, jak złożył Odwołujący.

Wyjaśniał, że proces zawarcia umowy konsorcjum trwa w czasie - umowa konsorcjum została zwarta w dniu 24 lutego 2020 r. Złożył odpis umowy konsorcjum do akt sprawy. Wskazywał na § 2 ust. 3 umowy konsorcjum, w którym strony przewidziały zobowiązanie partnera do uzyskania wadium.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Podnosił, że w treści gwarancji nie wymieniono wszystkich wykonawców, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia

publicznego, ani nawet nie zasygnalizowano, że strona stosunku „gwarancyjnego” jest jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców, którzy wspólnie złożyli lub złożą w niniejszym postępowaniu przetargowym ofertę. W konsekwencji zdaniem Zamawiającego należy uznać, że konsorcjum STADION PRO Sp. z o.o. oraz GRANI-TEC D. P. i D. A. s.c. nie wniosło wadium w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego, powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27.02.2019 r. (sygn. akt. XII Ga 555/18). W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Prawa zamówień publicznych odrzucił ofertę złożoną przez konsorcjum, ponieważ nie wniosło wadium.

Na marginesie Zamawiający wskazywał, że nietrafiona jest nadinterpretacja Odwołującego, dotycząca pkt. 8 SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, że „wadium wniesione przez jednego ze współników konsorcjum uważa się za wniesione prawidłowo”, a z którego to fragmentu Odwołujący wywiódł, iż Zamawiający obecnie żąda, aby każdy konsorcjant wnosił część zabezpieczenia (strona 5 odwołania: „Oczywiste jest bowiem, że przy wielości wykonawców nie można żądać, aby każdy z nich wnosił część wadium”).

Oczywistym jest w ocenie Zamawiającego, że powyższe świadczy o możliwości wniesienia przez jednego członka Konsorcjum całej kwoty zabezpieczenia wadium, w imieniu i na rzecz wszystkich członków Konsorcjum.

Ponadto Zamawiający zauważał, że przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której pełnomocnictwo załączone do oferty zostało wystawione w dniu 27.02.2020 r., czyli jeden dzień po wystawieniu ubezpieczeniowej gwarancji wadium z dnia 26.02.2020 r. W konsekwencji, nie wiadomo w jakim charakterze jeden z członków konsorcjum wystąpił do wystawcy gwarancji oraz czy Gwarant w ogóle wiedział o zamiarze złożenia oferty w postępowaniu niesamodzielnym.

Partner konsorcjum - czy też jak w tym przypadku mocodawca GRANI-TEC D. P. i D. A. s.c., udzielając niniejszego upoważnienia powinien był, zdaniem Zamawiającego, ujawnić Liderowi Konsorcjum, STADION PRO Sp. z o.o., że już zawarł gwarancję ubezpieczeniową, dotyczącą oferty składanej w niniejszym postępowaniu, a adnotacja o tym powinna była się znaleźć w omawianym pełnomocnictwie. Następnie, gwarancja ta powinna była zostać aneksowana, poprzez wskazanie, iż GRANI-TEC D. P. i D. A. s.c. nie zamierza składać oferty samodzielnie, lecz w ramach konsorcjum.

Dopiero kolejnego dnia, tj. 28.02.2020 r. upływał termin składania ofert, więc jeżeli intencja Odwołującego było, aby gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na GRANI-TEC D. P. D. A. s.c. obejmowała swym zakresem działania lub zaniechania również STADION PRO Sp. z o.o., to Odwołujący powinien był powziąć działania umożliwiające skuteczne zabezpieczenie oferty składanej w ramach konsorcjum. Tymczasem z treści dokumentu gwarancji wadialnej okoliczność taka w żaden sposób nie wynika, tj. aby GRANI-TEC D. P. D. A. s.c. poinformowało drugiego członka konsorcjum o posiadanej gwarancji ubezpieczeniowej. Również sama gwarancja ubezpieczeniowa nie została stosownie aneksowana, w celu objęcia swym zakresem Odwołującego. Wprost przeciwnie, jako jedyny zobowiązany wymieniony jest wyłącznie GRANI-TEC D. P. i D. A. s.c.

W takiej sytuacji, wzajemne relacje między Konsorcjantami, nie zostały uregulowane treścią pełnomocnictwa, a Zamawiający nie jest uprawniony do ich domniemywania.

Ponadto, Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania nadinterpretacji złożonej gwarancji wadialnej i rozszerza jej zakresu na działania czy zaniechania podmiotów w niej niewymienionych. Zamawiający przywoływał wyrok Sadu Najwyższego z dnia 7.01.1997 r., sygn. akt: I CKN 37/96: „Istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego skierowanego do beneficjenta gwarancji)”.

Na rozprawie Zamawiający zadawał pytanie, kto jest wykonawcą w postępowaniu i odpowiada, że konsorcjum, jednak gwarancja wadialna dotyczy tylko jednego wykonawcy, czyli samodzielnego innego wykonawcy niż ten, który złożył ofertę. W ocenie zamawiającego GRANI-TEC zrezygnował ze złożenia oferty i złożył ofertę w konsorcjum. Wadium jest złożone tylko przez jednego wykonawcę bez wskazania, że bierze on udział w postępowaniu jako członek konsorcjum. Wadium zostało więc złożone przez wykonawcę, który nie złożył oferty. Takie wadium nie zabezpiecza zamawiającego, ponieważ wg niego nie mógłby zrealizować zamówienia wadialnego, gdyby bądź konsorcjum, bądź Stadion PRO odmówili podpisania umowy. W tym kontekście interpretacja odwołującego postanowienia punktu 8 SIWZ jest niedopuszczalna.

W ocenie Zamawiającego umowa konsorcjum złożona na rozprawie nie powinna mieć znaczenia dla oceny prawidłowości wadium. W dokumentacji postępowania gwarancja wadialna była wydana z datą dzień wcześniej niż pełnomocnictwo konsorcjum. Z pełnomocnictwa nie wynika, że to partner konsorcjum miał złożyć wadium, natomiast wynika z niego, że to lider konsorcjum jest zobowiązany do wykonania wszelkich czynności niezbędnych do wspólnego złożenia oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca InterHall spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień

publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas

Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba

Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z pkt 8 SIWZ (odpis SIWZ i innych dokumentów przywołanych

w uzasadnieniu w aktach sprawy) Zamawiający wymagał złożenia wadium. Wadium mogło

być wniesione w jednej z form dopuszczonych w art. 45 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający wskazał również, że: „wadium wniesione przez jednego ze współników konsorcjum uważa się za wniesione prawidłowo”.

2. W dniu 24 lutego 2020 r. pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia „STADION PRO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu (pełnomocnika - lidera konsorcjum) oraz P. D. i A. D., prowadzącymi w formie spółki cywilnej działalność gospodarczą pod nazwą GRANI-TEC P. D. i A. D. S.C. (partnera konsorcjum) została zawarta umowa konsorcjum. W § 2 ust. 3 umowy konsorcjum strony przewidziały zobowiązanie partnera konsorcjum do uzyskania wadium. Umowa konsorcjum nie została załączona do oferty (nie było takiego obowiązku).

3. Odwołujący załączył do oferty gwarancję wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. z siedzibą w Warszawie, z dnia 26 lutego 2020 r., nr 912700359657. W treści gwarancji jako wykonawca wskazany został GRANI-TEC P. D. i A. D. FS.C. z siedzibą w Rybniku. Do oferty Odwołujący załączył również pełnomocnictwo z dnia 27 lutego 2020 r., udzielone przez partnera konsorcjum pełnomocnikowi konsorcjum. Pełnomocnictwo to obejmowało umocowanie do złożenia oferty, ale nie obejmowało wniesienia wadium.

4. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa

zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający uznał, że nie została zabezpieczona prawidłowo wniesionym wadium. Zdaniem Zamawiającego, gwarancja wadium, w której

zleceńodawcą jest tylko jeden z konsorcjantów, nie zabezpiecza oferty złożonej przez konsorcjum. Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić.

Zgodnie przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych oferta podlega odrzuceniu w przypadku, gdy wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Aby rozstrzygnąć odwołanie, należało zatem odpowiedzieć na pytanie, czy wadium, w okolicznościach niniejszej sprawy, zostało wniesione w sposób prawidłowy - tj. czy mogło być wniesione przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członka konsorcjum).

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17 nie wypowiedział się kategorycznie co do możliwości lub braku możliwości wniesienia wadium przez jednego z członków konsorcjum, ale wskazał, że każdą gwarancję wadium, złożoną przez członka konsorcjum, należy badać ad casum - na okoliczność, czy w danym postępowaniu zabezpiecza interesy zamawiającego. Kwestią, którą Sąd Najwyższy przesądził natomiast jednoznacznie jest, że członkowie konsorcjum już na etapie złożenia oferty ponoszą odpowiedzialność solidarną.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ jednoznacznie dopuścił możliwość wniesienia wadium przez jednego z członków konsorcjum. Członkowie konsorcjum zawarli umowę konsorcjum, w której przewidzieli, że wadium wniesie członek konsorcjum, który nie jest pełnomocnikiem (liderem) konsorcjum. Zatem umowa konsorcjalna upoważniała członka konsorcjum do wniesienia wadium - koresponduje to z treścią pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, które nie umocowuje do wniesienia wadium. Zamawiający na rozprawie zarzucał, że Odwołujący przedstawił umowę konsorcjum dopiero na rozprawie - ale nie miał takiego obowiązku wcześniej. Treść tej umowy w ocenie Izby jest skorelowana z treścią pełnomocnictwa lidera konsorcjum (które nie obejmuje uprawnień do wniesienia wadium -

a upoważnienie lidera konsorcjum do wniesienia wadium jest bardzo częstym, a nawet przeważającym w praktyce, postanowieniem zawartym w takim pełnomocnictwie), dlatego trudno przyjąć, że została przygotowana tylko dla celów dowodowych. Akta postępowania (SIWZ i oferta Odwołującego z załącznikami) i dokumenty złożone do akt sprawy (umowa konsorcjum) potwierdzają, że ciąg zdarzeń i czynności prawnych podjętych przez Odwołującego (umowa konsorcjum, gwarancja wadialna, pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum, złożenie oferty) jest spójny i logiczny. Przy czym w przedmiotowym postępowaniu nie można nie przyjąć za prawdopodobne, że ww. czynności zostały wywołane przez postanowienia SIWZ, które przewidywały taką możliwość - złożenia wadium przez członka konsorcjum. W takich okolicznościach trudno dopatrzeć się powodów, dla których Zamawiający nie mógłby się zaspokoić z przedmiotowej gwarancji wadialnej, w razie zaistnienia takiej potrzeby. Powyższe jest przesądzające, zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego, do uznania, że gwarancja wadialna została wniesiona prawidłowo.

Zamawiający argumentował, że gwarancja została złożona przez członka konsorcjum, a oferta - przez konsorcjum, zatem w ocenie Zamawiającego nie mogła zabezpieczać oferty, jako że brak tożsamości pomiędzy podmiotem wnoszącym wadium, a podmiotem składającym ofertę. Jednak w ocenie Izby sama okoliczność, że występuje tego rodzaju różnica podmiotowa, nie przesądza o niemożności wniesienia prawidłowego wadium przez członka konsorcjum. Gdyby tak było, to sąd Najwyższy stwierdziłby kategorycznie brak takiej możliwości. Trzeba również zauważyć, że wadium wniesienie w gotówce może być złożone przez jednego z członków konsorcjum bądź w ogóle przez podmiot trzeci.

Rację ma Odwołujący, wskazując w odwołaniu, że „istotne znaczenie w kontekście oceny dopuszczalności wniesienia wadium przez jednego z członków konsorcjum ma powstanie pomiędzy nimi solidarnej odpowiedzialności. Poza sferą jakichkolwiek wątpliwości jest, iż pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia powstaje solidarna odpowiedzialność za wykonanie umowy oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (wynika to wprost z art. 141 Prawa zamówień publicznych)”. Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie budzi wątpliwości w orzecznictwie. Poza przywołanym wcześniej wyrokiem Sądu Najwyższego, Sąd Okręgowy w wyroku o sygn. XXIII Ga 1313/15 wskazał, że „(...) powyższe nie oznacza, iż w pozostałym zakresie zabezpieczonym przez wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów nie jest solidarna, albo przynajmniej ukształtowana na wzór odpowiedzialności solidarnej”. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 maja 2016 r. stwierdzając jednoznacznie, że odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się na zasadach solidarności dłużników.

W konsekwencji rację miał Odwołujący, w odwołaniu wskazując, że „okoliczność, że solidarna odpowiedzialność konsorcjantów powstaje ex lege wywołuje również ten skutek, że konsorcjanci nie mogą w żaden sposób skutecznie jej uchylić. Niezależnie od ich uregulowań wewnątrzkonsorcyjnych konsorcjanci zawsze solidarnie ponoszą odpowiedzialność przed zamawiającym na zasadach wynikających z art. 366 § 1 i 2 KC (w zw. z art. 141 KC). Porozumienie zawarte pomiędzy nimi (umowa konsorcjum) jest skuteczne wyłącznie wewnątrznie i nigdy nie wiąże zamawiającego”. W ocenie Izby właśnie solidarna odpowiedzialność konsorcjantów już na wcześniejszym etapie, niż po podpisaniu umowy na wykonanie zamówienia publicznego oraz postanowienie pkt 8 SIWZ, uprawniające do wniesienia wadium przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - pozwalają na uznanie, że w niniejszym postępowaniu gwarancja wadialna wniesiona przez jednego z wykonawców jest prawidłowa.

Zamawiający powoływał się na wyrok Sądu Okręgowy w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., sygnatura XII GA 555/18, w uzasadnieniu którego wskazano, że wadium nie może być wniesione przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Trafnie jednak Odwołujący zauważył, że w SIWZ postępowania, w którym wydano przywołane orzeczenie, nie było analogicznego postanowienia SIWZ, jak w pkt. 8 SIWZ w niniejszym postępowaniu, w którym Zamawiający wyraźnie wprost dopuścił wniesienie wadium przez jednego z członków konsorcjum. Zamawiający powinien mieć świadomość, że wykonawcy będą rozumieli literalnie postanowienia SIWZ, a wobec wskazania wprost w SIWZ, że wadium może być wniesione przez „wspólnika konsorcjum” trudno zaakceptować sugestię Zamawiającego, wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, że gwarancja wadialna powinna wymieniać wszystkich konsorcjantów (takiego wymogu w SIWZ nie zawarto). Proponowane przez Zamawiającego postanowienia są modelowe, jednak trzeba zauważyć, że w praktyce występują rzadko w treści ubezpieczeniowych gwarancji wadialnych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: