Sygn. akt: KIO 970/20

WYROK

z dnia 15 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Ł. K. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą COMFORT-THERM, Naruszewo, COMFORT - THERM Sp. z o.o., z siedzibą w Płońsku oraz M. B., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MABO M. B., Naruszewo,

w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie,
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum:

FKD Employees Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Dome International Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu Mazowieckiemu Zarządowi Dróg

   Wojewódzkich w Warszawie: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucenie oferty konsorcjum: FKD Employees Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Dome International Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa na

   podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp; (iii) powtórzenie czynności badania i

   oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Mazowiecki Zarząd Dróg

   Wojewódzkich w Warszawie i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum wykonawców: Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COMFORT-

   THERM, Naruszewo, COMFORT - THERM Sp. z o.o., z siedzibą w Płońsku oraz M. B., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MABO M. B., Naruszewo

tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie na rzecz konsorcjum wykonawców: Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COMFORT-THERM, Naruszewo, COMFORT - THERM Sp. z o.o., z siedzibą w Płońsku oraz M. B., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MABO M. B., Naruszewo kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów 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: .....

Sygn. akt: KIO 970/20

UZASADNIENIE

W dniu 4 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie konsorcjum wykonawców: Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COMFORT-

THERM, Naruszewo, COMFORT - THERM Sp. z o.o., z siedzibą w Płońsku oraz M. B., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MABO M. B., Naruszewo (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Mazowieckiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1) art. 7 ustawy Pzp poprzez nie zachowanie warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania;

2) art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP poprzez błędne uznanie, że oferta została skutecznie zabezpieczona wadium.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert wraz z dokonaniem czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm: Lider: FKD Employees Sp. z o.o., Partner: Dome International Sp. z o. o. (dalej „Przystępujący"), obciążenie kosztami odwołania Zamawiającego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wszelkich kosztów wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania w całości.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania o udzielenie Zamówienia złożył ofertę uwzględniając wagi kryterium: cena i okres gwarancji

(dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 8 kwietnia 2020 roku). W dniu 27 kwietnia 2020 roku

Zamawiający w informacji o wyborze oferty wskazał, iż jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Przystępującego.

Odwołujący wskazał, że dokonał wglądu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, co poprzedził stosownym wnioskiem. Z przedłożonych dokumentów wynika, że wybrana oferta została zabezpieczona ubezpieczeniową gwarancją zapłaty wadium, która to gwarancja

została wydana tylko na jeden podmiot tj. FKD Employees Sp. z o.o., w dniu 25 marca 2020 roku, natomiast załączone do oferty pełnomocnictwo dla tejże firmy datowane jest na dzień 02 kwietnia 2020 roku. Zatem, w ocenie Odwołującego, w dacie w dacie sporządzenia gwarancji nie istniało konsorcjum, a gwarancja może dotyczyć tylko jednego podmiotu i w żaden sposób nie może zabezpieczać w sposób skuteczny oferty złożonej przez Konsorcjum firm. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 1417/17.

W ocenie Odwołującego taki sposób wniesienia wadium jest wadliwy i nie gwarantuje zabezpieczenia interesów Zamawiającego, a tym samym jest niezgodny z przepisami Pzp, a co za tym idzie oferta złożona przez Przystępującego winna zostać odrzucona. Ponadto z kopii gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty jaką otrzymał Odwołujący od Zamawiającego wynika, że zabezpiecza ona okres od 3 kwietnia do 4 maja 2020 r., czyli mniej niż 30 dni, a zatem nie zabezpiecza okresu związania ofertą, ponieważ otwarcie ofert nastąpiło w dniu 8 kwietnia 2020 r.

W ocenie Odwołującego, Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał, iż 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 ustawy Pzp. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, zdaniem SN, decyduje jednak treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie. Na podstawie odesłania do gwarancji bankowej SN wskazał, że gwarancja wadialna jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela - gwaranta o charakterze nieakcesoryjnym, zatem gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego, aniżeli sama gwarancja. Rozstrzygająca w tym zakresie jest jednak zdaniem SN wykładania oświadczeń woli stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej. a w szczególności wykładania określonych warunków i formalnych przesłanek zapłaty.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postpowaniu w dacie wydania gwarancji konsorcjum nie istniało, co z resztą wynika wprost z pełnomocnictwa datowanego na 02 kwietnia 2020 roku zatem w żaden sposób nie można uznać, iż gwarancja obejmuje podmiot niewymieniony, bowiem gdyby tak było to wynikałoby to z umowy konsorcjum czy pełnomocnictwa, a zatem kluczowym jest nie sam fakt braku drugiego podmiotu w dokumencie gwarancji a brak istnienia konsorcjum w dacie jej wydania, co bezsprzecznie wyklucza możliwości skutecznego zabezpieczenia oferty gwarancją ubezpieczeniową zapłaty wadium, w sytuacji w której oferta została złożona przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie.

Odwołujący zaznaczył również, iż Konsorcjum poza wadliwym przedłożeniem wadium nie daje rękojmi dobrego wykonania zamówienia bowiem oba podmiotu tworzące konsorcjum znajdują się w Krajowym Rejestrze Dłużników (dowód: raport z wywiadowni gospodarczej)

W ocenie Odwołującego powyżej wskazane naruszenie przepisów Pzp skutkowało wyborem oferty najkorzystniejszej wbrew przepisom prawa.

Izba ustaliła co następuje:

Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Izba ustaliła, że w Części I SIWZ - „Instrukcja dla Wykonawców", Zamawiający w pkt 10 określił wymagania dotyczące wadium. Zamawiający zastrzegł, co następuje:

10.1 Wykonawca przystępujący do przetargu jest obowiązany wnieść wadium w wysokości: 58 520,00 zł (słownie: pięćdziesiąt osiem tysięcy pięćset dwadzieścia złotych i zero groszy).

10.2 Wadium może być wniesione w następujących formach: pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy nr 03 1020 1026 0000 1702 0233 1056 (w tytule przelewu należy podać nazwę Wykonawcy i numer postepowania); poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

10.3 Wadium wnoszone w formie: poręczenia bankowego, gwarancji bankowych lub gwarancji ubezpieczeniowych należy złożyć w oryginale w siedzibie Zamawiającego w kancelarii ogólnej.

10.4 Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert.

10.5 Za skutecznie wniesione wadium w pieniądzu Zamawiający uważa wadium, które w oznaczonym terminie znajdzie się na koncie Zamawiającego.

10.6 Jeżeli przed upływem terminu składania ofert Wykonawca wycofa się z przetargu, Zamawiający dokona zwrotu wadium w terminie 21 dni.

10.7 Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium na zasadach określonych w SIWZ i ustawie Pzp zostanie odrzucona.

Ponadto, w Części I „Instrukcji dla Wykonawców" w punkcie 4.5 - Warunku udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, Zamawiający wskazał, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców oświadczenia o których mowa w pkt 4.2. (tj. brak podstaw wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu) składa każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że w postępowaniu ofertę złożyło konsorcjum wykonawców: FKD Employees Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Dome International Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba ustaliła, że wykonawca złożył wraz z ofertą Gwarancję Ubezpieczeniową Zapłaty Wadium z dnia 25 marca 2020 r. Jako Beneficjent Gwarancji został wskazany Zamawiający - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie. Jako Zobowiązany (Oferent) FKD Employees sp. z o.o., Warszawa. Izba ustaliła, że w treści gwarancji nie ma żadnej wzmianki, że Zobowiązany działa jako członek konsorcjum czy też jego pełnomocnik. Nie ma też żadnych informacji wskazujących, że Gwarant posiada wiedzę, iż Zobowiązany składa ofertę jako członek konsorcjum.

Izba ustaliła, że okres ważności gwarancji upływał w dniu 3 kwietnia 2020 r. Przystępujący FKD złożył dwa aneksy do gwarancji: aneks nr 1 z dnia 6 kwietnia 2020 r. przedłużający okres gwarancji do dnia 8 maja 2020 r. oraz aneks nr 2 z dnia 6 maja 2020 r. przedłużający okres ważności gwarancji do dnia 8 czerwca 2020 r. W treści obu aneksów jako podmiot Zobowiązany wskazany jest wyłącznie wykonawca FKD Employees sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła, że do Zamawiającego w dniu 7 maja 2020 r. wpłynęło pismo UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń, w którym ubezpieczyciel zawarł oświadczenie, iż gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na FKD Employees sp. z o.o. zabezpiecza ewentualne roszczenia wynikające z przesłanek określonych w par. 2 ww. gwarancji wobec lidera konsorcjum jaki i pozostałych członków konsorcjum.

Izba zważyła co następuje:

Z art. 179 ust. 1 ustawy 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 odrzucenia oferty Przystępującego, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Z kolei według art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Ponadto art. 46 ust. 4a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Dodatkowo według art. 46 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W świetle powyższych przepisów, uznać należy nie tylko fakt niewniesienia wadium w ogóle, ale także wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy - wadium, które w świetle zidentyfikowanych okoliczności faktycznych lub prawnych nie będzie mogło posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego np. na skutek wad stanowiącej wadium gwarancji ubezpieczeniowej, a w konsekwencji nieskuteczności gwarancji stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy.

W realiach niniejszej sprawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która jest jedną form wniesienia wadium dopuszczoną przepisami ustawy (art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp). Gwarancja ubezpieczeniowa, mimo jej powszechnego stosowania w obrocie, nie doczekała się jednak szczegółowego uregulowania w prawie polskim, w szczególności nie ma przepisów, które obligowałyby do złożenia gwarancji ubezpieczeniowej o określonej treści. Dlatego też strony w drodze umownej mogą kształtować zobowiązania wynikające z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta. Jednakże skoro wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum zdecydowali się na wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, musiała ona spełnić podstawy cel wadium, jakim jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego i właśnie ten aspekt wyznacza skuteczność gwarancji wadialnej.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17 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 ustawy Pzp.

Już tylko z tej przyczyny stanowisko Przystępującego odnośnie tego, że zabezpieczenie interesów zamawiającego wyłącznie w kontekście działań lidera Konsorcjum (lub wskazanego w treści gwarancji partnera Konsorcjum) i tych zależnych od niego jest wystarczające dla spełnienia przesłanki skuteczności gwarancji wadialnej, nie znajduje swojego uzasadnienia. Tym bardziej, że SIWZ przewidywała kategorie oświadczeń lub dokumentów dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, które musiały być podpisane lub złożone przez każdego członka konsorcjum i nie mogło zostać to konwalidowane samodzielnie przez jego lidera.

Przechodząc do dalszych rozważań, przypomnieć należy, że o przesłankach realizacji

gwarancji decyduje - jak to Sąd Najwyższy wyjaśnił i podkreślał - treść gwarancji. SN wskazał,

że 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 sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta, czy jak w tym przypadku „Zobowiązanego") zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji nie wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia sformułowanego jako „z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp). Zgodnie ze wskazówkami Sądu Najwyższego w powyżej wskazanym orzeczeniu rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 kc (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy wyżej wskazane określenie obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawcy w niej wymienieni również ponoszą za to zaniechanie odpowiedzialność. Innymi słowy, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada".

Po dokonaniu analizy zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego skład orzekający Izby uznał, że dokument złożony przez Konsorcjum nie czynił zadość obowiązkowi skutecznego wniesienia wadium, gdyż nie spełniał opisanych wyżej wymogów.

Dostrzeżenia wymagało w pierwszej kolejności, że konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp nie może budzić wątpliwości.
W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, że wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, powinien on dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Jak wskazuje się w orzecznictwie, treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13). Ponadto ustawa Pzp w 45 ust. 6 określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Powyższe dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej. Z treści gwarancji musiała zatem wynikać konieczność wypłaty przez ubezpieczyciela kwot wymienionych w gwarancji w sytuacjach, które zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium.

W opisanych powyżej realiach tej sprawy, ponieważ ofertę w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp), możliwość zaspokojenia interesów Zamawiającego, tj. uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musiało obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania „Wykonawcy" (według terminologii gwarancji „Zobowiązanego") rozumianego w tym przypadku jako dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do kwestii solidarności zobowiązania współkonsorcjantów względem zamawiającego, przyjmując za Sądem Najwyższym, że zobowiązanie to ma taki właśnie, tj. solidarny charakter, Izba uznała, że solidarność współkonsorcjantów względem Zamawiającego nie miała zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Natomiast takie znaczenie ma wyłącznie okoliczność, którą potwierdził także i Sąd Najwyższy w przywołanym powyżej orzeczeniu, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Charakter, istnienie, zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r, póz. 1376 ze zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji)

określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi natomiast o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Uprawnia to tym samym stwierdzenie, iż ani sposób ukształtowania, ani treść stosunku prawnego podstawowego (zamawiający - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta. Odpowiedzialność ta jest bowiem wyznaczona samą treścią gwarancji. Z pewnością zaś rozważania dotyczące gwarancji bankowej należy odnieść także i do gwarancji ubezpieczeniowej, mając na względzie zarówno podobieństwo jak i charakter oraz cel obu dokumentów.

Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 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 beneficjanta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałaby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji.

Zatem nawet jeśli - jak w niniejszej sprawie - członkowie Konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec Zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawców zlecających udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę (zlecającego, według terminologii analizowanej gwarancji „Zobowiązanego") należy rozumieć nie tylko podmioty oznaczone w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecydują lub zdecydowały się one złożyć ofertę. Tymczasem na próżno szukać w treści powyżej wskazanej gwarancji ubezpieczeniowej takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecających również w imieniu innego podmiotu. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie „Zobowiązanego" jako podmiotu w sposób pełny i kompletny zdefiniowanego już w komparycji gwarancji ubezpieczeniowej. Nie zaznaczono w tym miejscu by działał bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań takich podmiotów. Przeciwnie, z jej treści - ani wprost, ani w sposób domniemany - nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta poza działania Zobowiązanego.

Podkreślić należy, że ewentualne przyjęcie o objęciu gwarancją także działań lub zaniechań podmiotów niewymienionych w treści gwarancji istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta. A wziąć pod rozwagę należy, iż z praktyki ubezpieczeniowej wynika, iż zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Gwarant udziela bowiem gwarancji w celu osiągnięcia zysku a zatem przede wszystkim realizacji własnego celu gospodarczego. Weryfikuje zatem szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy, na podstawie czego decyduje o akceptacji gwarancji i kalkuluje opłacalność dokonywanej z nim czynności. Stąd zdaniem Izby gwarant w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej precyzyjnie określa, za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu bierze odpowiedzialność.

W konsekwencji uznać należy, iż w treści tejże gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie na niektórych członków Konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów. Biorąc powyższe pod uwagę, aby uznać złożenie gwarancji ubezpieczeniowej za skuteczne, z przedłożonego przez

Konsorcjum dokumentu gwarancji powinien w jakikolwiek sposób wynikać obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją, jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy Pzp dotyczyć będą „Wykonawcy" rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę.

Tymczasem z treści przedłożonej przez Konsorcjum gwarancji ubezpieczeniowej okoliczności takie w żaden sposób nie wynikają i nie sposób ich na żadnej podstawie domniemywać czy uzyskać w drodze wykładni gwarancji. Okoliczności, jakie należy brać pod uwagę przy dokonywaniu wykładni umowy (co stosować należy i do gwarancji) to przede wszystkim: zgodny zamiar stron i cel umowy, literalne brzmienie spornego postanowienia oraz całej umowy, kontekst słowny, w jakim postanowienie to zostało użyte w umowie, a nadto szeroko rozumiany kontekst sytuacyjny towarzyszący zawarciu danej umowy, przykładowo: czynności dokonywane przez strony przed zawarciem umowy, a związane już z jej zawarciem, czas, miejsce, przedmiot umowy, doświadczenie jej stron w obrocie, sytuacja osobista stron, itp. (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 14 września 2017 r. sygn. akt I ACa 309/17, LEX nr 2402400). A jak już wyżej nadmieniono - za przyjęciem, że gwarant swoją wolą obejmował nie tylko odpowiedzialność za wskazany w jej treści jako zleceniodawca podmiot, ale także inne, współdziałające z nim podmioty nie przemawiają ani literalne brzmienie gwarancji, ani ustalone zwyczaje, ani praktyka ubezpieczeniowa, ani żadna inna okoliczność. A z uwagi na powszechnie stosowany przez ubezpieczycieli formalizm gwarancji, jakakolwiek interpretacja rozszerzająca nie jest zdaniem składu orzekającego Izby dopuszczalna. Ponadto, pismo złożone Zamawiającego w dniu 7 maja 2020 r. nie może być traktowane jako dowód na potwierdzenie, iż gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Przystępującego jest prawidłowa. Wskazać należy, że pismo to zostało złożone po upływie terminu składania ofert. Stanowi więc uzupełnienie oferty po upływie wyznaczonego terminu i już z tego powodu jego treść nie ma znaczenia dla zasadności podniesionego zarzutu. Po drugie, dokument ten został podpisany przez „dyrektora przedstawicielstwa" i nie może być uznany za oficjalne stanowisko ubezpieczyciela czy też dowód na wykazanie praktyki ubezpieczeniowej. Praktyka ta mogłaby być wykazana poprzez złożenie bądź to dowodów potwierdzających faktyczne dokonanie płatności przez ubezpieczyciela na rzecz Zamawiającego w sytuacji, gdy gwarancja została wystawiona na rzecz jednego członka konsorcjum, a przyczyna wypłaty sumy ubezpieczeniowej była spowodowana działaniem lub zaniechaniem członka konsorcjum niewskazanego w treści gwarancji bądź poprzez złożenie oficjalnych regulacji wewnętrznych potwierdzających słuszność stanowiska Przystępującego lub też oświadczenia ubezpieczyciela podpisanego przez osoby umocowane do składania oświadczeń w jego imieniu. Takich przykładowych dowodów jednak Przystępujący nie złożył. Podkreślić również należy, że w momencie wystawienia gwarancji konsorcjum wykonawców nie istniało. Jak wskazane jest w piśmie UNIQA z dnia 7 maja 2020 r. umowa konsorcjum została zawarta w dniu 2 kwietnia 2020 r. Tym bardziej, ubezpieczyciel nie miał wiedzy i świadomości, iż zakresem gwarancji objęte są inne podmioty niż ten wskazany w jej treści.

Prawidłowość gwarancji nieobejmującej wszystkich członków konsorcjum nie może być również wywodzona z faktu, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 25 stycznia 1995 r. (sygn. akt III CRN 70/94) wypowiadając się o odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, odpowiedzialność ta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. W wyroku tym Sąd stwierdził, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353^1 kc) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 kc). Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu niektórych wykonawców, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji. W doktrynie wskazuje się, że gwarant może bronić się względem beneficjenta zarzutami wynikającymi z treści gwarancji {M. Pyziak-Szafnicka. Gwarancja autonomiczna, 1994 nr 2, s. 20, A. Szpunar, Zabezpieczenia osobiste wierzytelności, Sopot 1997, s. 173; G. Tracz, Umowa gwarancji, Kraków 1998, s. 261, Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania-część szczegółowa, Warszawa 2008, s. 273, T. Spyra, [w:] F. Zoil (red.), Prawo bankowe. Komentarz. Tom I, Kraków 2005, s. 790, za Poręczenia i gwarancja bankowa, R. Trzaskowski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 283).

Z uwagi na powyższe Izby nie mogła podzielić stanowiska Przystępującego, że powyższa gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na jednego członków Konsorcjum zabezpiecza interesy Zamawiającego, a tym samym jest prawidłowa. Skład orzekający Izby w pełni podzielił zatem stanowisko i argumentację Sąd Okręgowego w Gdańsku wyrażone w uzasadnieniu

wyroku z 27 lutego 2019 r. sygn. akt XII Ga 555/19, wskazujące na konieczność objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, które jest również ugruntowane w orzecznictwie (por. wyroki zespołów arbitrów z: 25 września 2002 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1221/02, 24 stycznia 2006 sygn. akt UZP/ZO/0-149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z: 20 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1408/10, 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14, 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694/14, 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 813/15, 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15, 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1936/15, 5 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 82/16, 8 października 2015 r. sygn. akt: KIO 2067/15, 2069/15, 2071/15, 2 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2287/15, wyroki sądów powszechnych: Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15, Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt XII Ga 697/15). Pogląd taki wyrażany jest również w piśmiennictwie (por. m.in. Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego, Eugeniusz Kowalewski, Władysław Wojciech Mogilski, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1/2014, Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, PZP 2008, nr 2).

W ocenie Izby konieczne było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 ustawy Pzp), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku „gwarancyjnego" działa także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę - po to, aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (jako beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nimi powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Izby w tej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że Zamawiający z uwagi na nieścisłości co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją. A raz jeszcze zwrócić należało na uwagę, iż sytuację taka nie ma charakteru hipotetycznego.

Reasumując, w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaktualizowały się przesłanki do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy

Pzp.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż gwarancja złożona przez Przystępującego nie zabezpiecza okresu związania ofertą, to Izba wskazuje, że umknęło uwadze Odwołującego, że Przystępujący złożył dwa aneksy do gwarancji ubezpieczeniowej, na podstawie których zostały przedłużone okresy obowiązywania ubezpieczenia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a

972
z zm.).

Przewodniczący: .....