Sygn. akt: KIO 1417/17

WYROK
z dnia 24 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Przemysław Dzierzędzki
Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2017 r przez wykonawcę **P. C. Sp. z o. o. Sp. k., (...),** w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, (...),**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. I. Sp. z o.o. sp. k. oraz M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. O. P. i P. I. K. L., (...),** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D. I. Sp. z o.o. sp.k. oraz M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. O. P. i P. I. K. L..

2. kosztami postępowania obciąża **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **P. C. Sp. z o. o. Sp. k., (...),** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, (...)** na rzecz przez **P. C. Sp. z o. o. Sp. k., (...),** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 poz. 2164 ze zm. r.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 1417/17

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z rygorem natychmiastowej wykonalności dla zadania polegającego na rozbudowie drogi wojewódzkiej nr (…) S. - R. - D., na odcinku od ul. (…) w m. R., do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr (…), w m. J., wraz z przebudową, budową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych oraz

pełnienie nadzoru autorskiego". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2017/S 060-113037.

W dniu 10 lipca 2017r. Odwołujący - P. C. sp. z o.o. sp. k. - wniósł odwołanie wobec zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu polegających na:
zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum firm: D. I. Sp. z o.o. Sp. k. - Lider Konsorcjum, B. O. P. i P. I. K. „L." M. D. - Partner Konsorcjum oraz zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, o czym Odwołujący dowiedział się dnia 29 czerwca 2017r. z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.
Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 46 ust. 4a i 5 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, że wadium wniesione przez Konsorcjum firm w formie gwarancji ubezpieczeniowej spełnia wymagania określone w SIWZ i Pzp, gdy tymczasem gwarancja przedłożona przez Konsorcjum firm jest wadliwa, gdyż wystawiona jest na rzecz jednego z konsorcjantów - B. O. P. i P. I. K. „L.", M. D. - Partnera Konsorcjum, bez odniesienia się do innego członka Konsorcjum firm D. I. Sp. z o.o. Sp. k. - Lidera Konsorcjum, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum firm, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp,
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum firm D. I. Sp. z o.o. Sp. k., B. O. P. i P. I. K. „L." M. D. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp z powodu wniesienia przez to Konsorcjum wadium w sposób nieprawidłowy.

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

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.
W ocenie Izby wypełnione zostały także przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danej części zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w pkt 9 SIWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli do złożenia wraz z upływem terminu składania ofert wadium, które wnoszone w formie gwarancji musiało obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Niespornym w sprawie jest, że do oferty konsorcjum firm: D. I. Sp. z o.o. Sp. k. oraz B. O. P. i P. I. K. „L." M. D., załączono ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium wystawioną przez Interrisk TU S.A. w dniu 2 maja 2017r. W treści gwarancji wskazano, że gwarancja jest wystawiona na wniosek B. O. P. i P. I. K. „L." M. D., zwanego dalej w treści gwarancji „zobowiązanym". Z treści gwarancji ubezpieczeniowej wynika także, że została wystawiona na rzecz Zamawiającego - Województwa Podkarpackiego - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich jako beneficjenta gwarancji, tytułem wadium w przetargu na „Opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z rygorem natychmiastowej wykonalności dla zadania polegającego na rozbudowie drogi wojewódzkiej nr (…) S. - R. - D., na odcinku od ul. (…) w m. R., do skrzyżowania z drogą wojewódzką nr (…), w m. J., wraz z przebudową, budową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych oraz pełnienie nadzoru autorskiego". I. udzieliło gwarancji zapłaty wadium na wniosek B. O. P. i P. I. K. „L." M. D., gwarantując nieodwołalnie i bezwarunkowo, na każde pisemne żądanie, zapłatę kwoty 9 756,00zł z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem jednego z przypadków określonych w ustawie Pzp. (art. 46

ust.4 i ust. 5 Pzp).
Do oferty załączono także umowę konsorcjum z dnia 8 maja 2017r., w której postanowiono m.in., że to Lider Konsorcjum jest upoważniony i zobowiązany do prowadzenia spraw

---

Konsorcjum m.in. do dokonywania czynności faktycznych i prawnych związanych z zamówieniem na każdym jego etapie.

Istota sporu między stronami sprowadza się do tego, czy dokument gwarancji wadialnej wystawiony przez ubezpieczyciela wyłącznie na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne (w tym przypadku na członka konsorcjum) w sytuacji, gdy ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne pozwala zamawiającemu na zatrzymanie wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek, wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Ponadto Zamawiający jest uprawiony do zatrzymania wadium, jeżeli wykonawca którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.
Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Gwarancja wadialna oznacza podjęcie przez gwaranta (bank, ubezpieczyciela) na zlecenie wykonawcy przystępującego do przetargu zobowiązania na rzecz zamawiającego jako beneficjenta, w przypadku naruszenia przez wykonawcę zobowiązań wynikających z przystąpienia do przetargu, dokonania na rzecz beneficjenta zapłaty w granicach określonej sumy pieniężnej. Celem gwarancji wadialnej jest zatem ochrona interesów zamawiającego na wypadek niedopełnienia przez wykonawcę obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu przetargowym.
Istotne znaczenie dla dokonanej oceny ma abstrakcyjny i samoistny charakter zobowiązania gwaranta, czyli jego niezależność od istnienia, zakresu i ważności innego zobowiązania, w tym będącego przedmiotem zabezpieczenia zobowiązania podstawowego wykonawcy względem zamawiającego. Oznacza to, że co do zasady wyłączona jest możliwość podnoszenia przez gwaranta zarzutów zarówno ze stosunku podstawowego, jak i stosunku zlecenia gwarancji. Zakres zarzutów przysługujących gwarantowi ograniczony jest zasadniczo

---

do ważności i istnienia stosunku prawnego gwarancji oraz zarzutów z treści gwarancji. Te ostatnie polegają na powołaniu się przez gwaranta na niespełnienie przesłanek zapłaty określonych w gwarancji (liście gwarancyjnym).
W konsekwencji o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść listu gwarancyjnego, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny i jasny, a następnie interpretowana w sposób ścisły. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96, opubl. OSP 1997, Nr 5, poz. 97) wskazał: „istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłączenie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji”.
W przypadku udziału konsorcjum okoliczności, na skutek których może powstać obowiązek zapłaty sumy gwarancyjnej mogą dotyczyć każdego z członków konsorcjum. Wspomnieć tylko należy, że każdy z członków konsorcjum jest zobowiązany do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 w postaci dokumentu JEDZ, a brak jego złożenia na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, skutkuje koniecznością wystąpienia Zamawiającego z roszczeniem o zapłatę

wadium. W konsekwencji, jeżeli zakres podmiotowy udzielonej gwarancji obejmuje tylko jednego spośród wykonawców wspólnie składających ofertę, zamawiający nie może być pewny, czy gwarant nie odmówi wypłaty wadium, jeżeli zaistnienie przesłanek zatrzymania wadium związane było z okolicznościami dotyczącymi innego wykonawcy niż podmiot oznaczony w liście gwarancyjnym. Innymi słowy, jeżeli odmowa podpisania lub niemożność zawarcia umowy, niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nieuzupełnienie wymaganych dokumentów lub oświadczeń albo niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki wynikły z przyczyn dotyczących wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia z wykonawcą wymienionym w liście gwarancyjnym, gwarant może uznać, że wykracza to poza zakres zobowiązań, które na siebie przyjął względem beneficjenta. Niezasadnym w tym względzie jest odwoływanie się do solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Solidarna odpowiedzialność powstaje bowiem dopiero z związku z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy i odpowiedzialnością za wykonanie umowy. Wcześniej brak jakichkolwiek przepisów, które wskazywałyby na istnienie takiej solidarności między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.
Gwarancja wadialna złożona przez jednego z członków konsorcjum, który dodatkowo nie był w dniu jej wystawienia prawidłowo umocowany do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum nie może być interpretowana w sposób rozszerzający przez odwołanie się do art. 23 ust. 1 i 2 Pzp, który dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Rację ma Odwołujący, iż przepisy art. 23 Pzp odnoszą się do relacji między zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia bądź wyłącznie do relacji pomiędzy uczestnikami konsorcjum i z całą pewnością nie mają one zastosowania do relacji gwarant - wykonawca. Ten stosunek uregulowany jest wyłącznie treścią listu gwarancyjnego. W ocenie składu orzekającego Izby, z uwagi na zakres odpowiedzialności ponoszonej przez gwaranta przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje on szczegółowo kondycję ekonomiczną, zdolność wykonawcy do wykonania kontraktu, którego udział w przetargu ma być zabezpieczony i na tej podstawie gwarant podejmuje decyzję u udzieleniu gwarancji. Stąd, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że gwarant przed akceptacją gwarancji musi mieć możliwość ustalenia wiążącego się z tym ryzyka, a zatem musi dysponować informacją o tym, że zleceniodawca działa w imieniu konsorcjum.
Izba ma świadomość tego, że w judykaturze zarysowały się dwa odmienne poglądy co do skuteczności złożenia gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z członków konsorcjum. Stanowisko, zgodnie z którym gwarancja zapłaty wadium wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest złożona skutecznie, nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji wadialnej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających wspólną ofertę, odwołuje się - w jednym ze swoich istotnych argumentów - do prawidłowości umocowania pełnomocnika, działającego w imieniu i na rzecz współkonsorcjanta.

W przywołanym zarówno przez Odwołującego jak i Przystępującego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015r. Sygn. akt XXII Ga 1313/15, Sąd wskazał, iż „należy przyjąć drugi z poglądów wyrażanych w orzecznictwie i doktrynie, zgodnie z którym gwarancja bankowa wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (jednego z konsorcjantów), będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem i uprawnionego do działania w imieniu i na rzecz współwykonawcy nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji bankowej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających razem ofertę, spełnia wymogi ustawowe i nie stanowi powodu, dla którego należałoby uznać za nieskuteczne wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.
Nie ulega wątpliwości, że w analizowanym stanie faktycznym gwarancja została wystawiona wyłącznie na zlecenie B. O. P. i P. I. K. „L.” M. D. w związku ze złożeniem oferty w tym postępowaniu o zamówienie publiczne a nie na zlecenie całego konsorcjum. Brak podstaw, aby uznać, że na dzień wystawienia gwarancji zapłaty wadium tj. na dzień 2.05.2017r. wykonawca (członek konsorcjum) B. O. P. i P. I. K. „L.” M. D. był prawidłowo umocowany do działania w imieniu i na rzecz lidera konsorcjum. W konsekwencji Gwarant – I., udzielając

---

gwarancji zapłaty wadium nie mógł obiektywnie wiedzieć o tym, że zobowiązany ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z innym podmiotem.
Stanowisko to zostało także zaakceptowane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015r. XXIII Ga 1041/15, w którym stwierdzono, że „gwarancja bankowa została udzielona wcześniej niż zawarta została umowa konsorcjum i wystawione zostało pełnomocnictwo dla lidera spółki (…) Nie ulega wątpliwości zatem, że wniesione wadium w formie gwarancji bankowej datowanej na dzień (..) nie może być uznane za wniesione przez podmiot składający ofertę tj. konsorcjum".
Z tych względów, w ocenie składu orzekającego Izby wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co wyczerpuje przesłankę określoną w art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, skutkującą odrzuceniem oferty 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. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……..

Członkowie: ……..……..

……..……..