Sygn. akt: KIO 1330/22

WYROK

z dnia 7 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum wykonawców PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany J. M. w Tuczępach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Łęczna w Łęcznej,
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum wykonawców Dom Expert sp. z o.o. z siedzibą w Krępcu oraz eDom K., S. s.c. w Łęcznej, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum wykonawców PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany J. M. w Tuczępach i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego,

tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum wykonawców PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany J. M. w Tuczępach na rzecz Zamawiającego Gminę Łęczna w Łęcznej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1330/22

Zamawiający - Gmina Łęczna - prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji

postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Termomodernizacja Szkoły Podstawowej Nr 4 w Łęcznej" - numer postępowania: IRG.271.3.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2022/BZP 00103089/01 w dniu 30.03.2022 r.

W dniu 18 maja 2022 r. konsorcjum wykonawców: PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Zakład Remontowo Budowlany J. M. prowadzący działalność gospodarczą w Tuczępach wniosło odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

a) dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej należącej do wykonawcy Konsorcjum firm: Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew i eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199 , 21-010 Łęczna (dalej również jako Konsorcjum),

b) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu, iż nie wniosło ono wadium (bądź wniosło w sposób nieprawidłowy).

W wyniku powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew i eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199 z uwagi, iż Konsorcjum to nie wniosło wadium, które zabezpieczało jego

ofertę,

b) art. 17 ust. 2 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew i eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199 , pomimo że oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona,

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
a) uchylenie czynności wyboru oferty Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew i eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199 jako najkorzystniej,

b) zobowiązanie Zamawiającego do odrzucenia oferty złożonej przez Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew i eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199

c) zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności badania oceny i wyboru oferty

najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu IRG.271.3.2022

Odwołujący wskazał, że:

I. Uwagi ogólne.

1. Zgodnie z zapisami rozdziału XIII ust. 2 SWZ (wymagania dotyczące wadium) Zamawiający wymagał aby : w przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, wadium (w każdej z dopuszczalnych form) może być wniesione przez jednego, kilku lub wszystkich Wykonawców, pod warunkiem, iż łączna wysokość wniesionego wadium odpowiadać będzie wymaganej kwocie. W takim przypadku wnosząc wadium należy wskazać w imieniu kogo i tytułem jakiego postępowania jest wnoszone.

2. W oparciu o tak opisany wymóg, wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało wniesione przez jednego z konsorcjantów , tj. Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74 21-007 Mełgiew w imieniu własnym co w konsekwencji prowadzi do wniosku , że wadium to zabezpiecza zawarcie umowy przez tą właśnie spółkę (która nie brała udziału samodzielnie w postępowaniu) a nie przez Konsorcjum.

II. Analiza przedłożonej do oceny gwarancji wadialnej.

1. Analiza złożonej gwarancji wadialną prowadzi do wniosku, zgodnie z treścią jej § 2 Gwarant (Towarzystwo Ubezpieczeniowe UNIQA) zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty wadium w przypadku gdy:

1) zobowiązany (Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74 21-007 Mełgiew) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,

2) Zobowiązany (Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74 21-007 Mełgiew), którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego (Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74 21-007 Mełgiew) którego oferta została wybrana.

2. W związku z powyższym nie może być żadnych wątpliwości , że złożona gwarancja nie dotyczy zabezpieczenia oferty złożonej przez konsorcjum Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew i eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199 , 21-010 Łęczna lecz obejmuje sytuacje w której dyspozycje realizacji tejże gwarancji nastąpi w wyniku działania spółki Dom - Expert Sp. z o.o. Powyższe prowadzi do oczywistej konkluzji iż, w przypadku konieczności jej realizacji w wyniku działań Konsorcjum , gwarant odmówi wypłaty z uwagi na fakt, że zabezpiecza ona zobowiązania tylko jednego z członków konsorcjum.

III Analiza orzecznictwa.

W wyroku z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 31/21 Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych wskazał, że gwarancja

bankowa obejmująca tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi nieprawidłowo złożone wadium jako zabezpieczenie wspólnej oferty.

1. W uzasadnieniu powyższego orzeczenia Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał iż „wykładnia postanowień gwarancji prowadzi do wniosku, że gwarant objął są odpowiedzialnością wyłącznie przypadki zatrzymania wadium wynikające z działań i zaniechań (...) Sp. z o.o. nie zaś jakikolwiek innego podmiotu w tym (...) spółki z o.o. w T. Odmienne interpretowanie postanowień gwarancji prowadziłoby do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta w sposób niewynikający z treści samego dokumentu gwarancji bankowej, co jest niedopuszczalne.

W dalszej konkluzji Sąd Okręgowy w Warszawie wskazuje oczywiste wnioski iż jego zdaniem

„okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałaby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie może 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 wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę/zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę. Natomiast treść gwarancji bankowej z dnia 17 listopada 2020 r. przedłożonej przez konsorcjum nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, iż gwarant miał wiedzę, że wykonawca (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w T. będzie składał ofertę w postępowaniu jako jeden z uczestników konsorcjum, czy chociażby działał jako umocowany pełnomocnik czy lider tego konsorcjum. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie zleceniobiorcy, i leżące po "jego" stronie (nie "ich", czy "podmiotów powiązanych" czy "współwykonawców"), 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 definicją "przyczyn leżących po stronie zleceniodawcy". Przeciwnie - z jej treści, ani wprost ani w sposób domniemany, nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza wprost wskazane w niej "przyczyny leżące po stronie Wykonawcy".

2. Sąd Okręgowy podkreśla znaczenie precyzyjnego określenia podmiotowego zakresu odpowiedzialności gwaranta w treści gwarancji. Sąd podkreśla że koniecznym było wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku „gwarancyjnego" jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym 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 wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań gwaranta, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego.

3. Sąd Okręgowy w swoim uzasadnieniu przywołał również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17) i podkreślił iż w tym wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że w sytuacji w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z 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 ZamPublU, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia "z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ZamPublU). Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie "z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem "z przyczyn, za które odpowiada".

Tymczasem jak wyżej wskazano, w treści przedmiotowej gwarancji jasno jest określone i zdefiniowane iż zabezpiecza ona sytuacje w których zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego. W tym miejscu wskazać należy, że gwarancja w swej treści zawiera definicję „Zobowiązanego" i jest nim wyłącznie Dom - Expert Sp. z o.o.

W związku z powyższym jak dalej analizował przedmiotowe orzeczenie Sąd Okręgowy w Warszawie , z „przedmiotowego wynika, że gwarant w dokumencie gwarancji precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu bierze odpowiedzialność. Tym samym uznać należy, iż w treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Podkreślenia wymaga, że udzielenie gwarancji jest czynnością odpłatną i gwarant udziela 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 a zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego.

Reasumując, wyłącznie od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie, iż obejmowała także przyczyny, za które inny niż Wykonawca członek konsorcjum jest odpowiedzialny. Podkreślić należy, iż ewentualne przyjęcie objęcia gwarancją innego podmiotu niż wskazany wprost w treści gwarancji, nawet członka konsorcjum, istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta, co nie było przez niego kalkulowane.

Biorąc pod uwagę, że w wniesionej gwarancji ubezpieczeniowej którą kwestionuje w imieniu PJM Investment jedynie podmiotowo i przedmiotowo wymieniono jako zobowiązanego (wykonawcę) tylko Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74 21-007 Mełgiew to wniesiona gwarancja ubezpieczeniowa nie zabezpiecza oferty całego konsorcjum.

Wskazane stanowisko zostało również zaprezentowane w wyroku Krajowej lzby Odwoławczej z 2 marca 2021 r., sygn. akt KIO 304/21

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 maja 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w złożeniu odwołania, oferta Odwołującego przekracza wysokość środków, jakie Zamawiający zabezpieczył na wykonanie umowy oraz zgody, jaką uzyskał w uchwale Rady Miejskiej nr LI/ 301/2022 z 12 maja 2022r. na zwiększenie planu wydatków budżetowych w 2022r. na zadanie inwestycyjne „Termomodernizację Szkoły Podstawowej nr 4 w Łęcznej" do kwoty 5 187 025 zł oraz w uchwale Rady Miejskiej nr LI/ 302/2022 z 12 maja 2022r. w przedmiocie zmiany w wieloletniej prognozie finansowej w roku 2023 w zakresie tej inwestycji 6 400 000zł, łącznie 11 686 655zł. Kwota obejmuje również inne koszty związane z inwestycją m.in. wydatki na nadzory inwestorskie, autorskie.

Zakwestionowane w odwołaniu czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Termomodernizację Szkoły Podstawowej nr 4 w Łęcznej" nr IRG.271.3.2022 są dokonane w sposób prawidłowy i zgodny z prawem. Nie doszło do naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy PZP. Zarzuty powołane w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Nie zasługują na uwzględnienie również wnioski odwołania dotyczące uchylenia czynności Zamawiającego wyboru oferty Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C. jako najkorzystniejszej oraz zobowiązanie Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum Dom

Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C., ponieważ złożona w postępowaniu przez Konsorcjum

Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C. gwarancja ubezpieczeniowa stanowi odpowiednie zabezpieczenie roszczenia o zapłatę wadium w wypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP. Nie zasługuje na uwzględnienie również żądanie odwołania dotyczące zobowiązania Zamawiającego do powtórzenia czynności badania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, również z powodu, że oferta odwołującego przekracza wysokość środków, jakie Zamawiający zabezpieczył na wykonanie umowy.

Na podstawie art. 58 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, w tym przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W myśl art. 445 ust. 1 ustawy PZP wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zgodnie z treścią pełnomocnictwa przedstawionego przez Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C., ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, udzielonego liderowi Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. członkowie Konsorcjum wyrazili zgodę na wspólne poniesienie związanej z tym odpowiedzialności solidarnej. W pełnomocnictwie znajduje się umocowanie dla Lidera konsorcjum do wniesienia wadium.

Natomiast wg treści specyfikacji warunków zamówienia, rozdział XIII, wymagania dotyczące wadium punkt 2. „w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, wadium (w każdej z dopuszczalnych form) może być wniesione przez jednego, kilku lub wszystkich wykonawców, pod warunkiem, iż łączna wysokość wniesionego wadium odpowiadać będzie wymaganej kwocie. W takim przypadku wnosząc wadium należy wskazać w imieniu kogo i tytułem jakiego postępowania jest wnoszone.”

Zgodnie z treścią gwarancji przedstawionej przez Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C., gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do sumy gwarancyjnej 100 000zł w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że wystąpiła jedna z sytuacji określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r. (KIO 38/22) „sam

fakt niewskazania w treści gwarancji, że dany podmiot działa w imieniu konsorcjum nie przesądza automatycznie o jej wadliwości i nie oznacza, że w przypadku zaistnienia

okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania wypłaty wadium, występujących po stronie członka konsorcjum niewymienionego w treści dokumentu, ubezpieczyciel takiej wypłaty odmówi (m.in. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2434/20, KIO

2437/20, wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2978/20, wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2658/21). Treść gwarancji powinna podlegać wykładni na podstawie art. 65 KC, a ocena w tym zakresie winna być dokonywana w sposób zindywidualizowany, tj. z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy. Wskazać również trzeba, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (czyli lidera) jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum. Zgodnie z art. 58 ust. 1 i 5 PrZamPubl wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stosownie zaś do art. 445 ust. 1 PrZamPubl wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jak przesądził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17, solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólnie ofertę rozciąga się nie tylko na etap realizacji zamówienia, ale dotyczy również zobowiązań powstałych w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ww. wyroku zwrócono też uwagę, iż ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji ubezpieczeniowej jako dłużnik był jedynie jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i nie oddziaływałoby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.”

W świetle orzecznictwa KIO brak jest regulacji ustawowej co do obowiązku wniesienia

wadium przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Uzgodnienia w tym zakresie dokonane pomiędzy konsorcjantami nie muszą być udokumentowane (tak: wyrok KIO z 7 stycznia 2015 r., KIO 2694/14). Ważne bowiem jest wniesienie wadium, a ustalenia konsorcjantów co do tego, który z nich zobowiązany jest do jego złożenia, nie ma istotnego znaczenia. Przy dokonaniu oceny prawidłowości wniesionego wadium, należy bowiem ustalić, czy w umowie gwarancji - przykładowo ubezpieczeniowej - udzielono ochrony ubezpieczeniowej na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Co więcej, w orzecznictwie pojawiały się dotąd również stanowiska, zgodnie z którymi uwzględnienie w gwarancji wyłącznie lidera konsorcjum kwalifikuje się jako wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na treść art. 23 ust. 3 PZP, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (tak: wyrok SO w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r., XXII Ga 2031/15, wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r, KIO 510/16). W konsekwencji, nie można uzależniać skuteczności wadium od jego wniesienia przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających o zamówienie, czy też zamieszczenia w treści gwarancji wadialnej wszystkich konsorcjantów (tak: wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r., IV Ca 357/15). Wskazane powyżej stanowiska zostały podsumowane przez Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17) jednoznacznie potwierdził, że gwarancja wadialna wystawiona już po zawiązaniu konsorcjum wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (lidera konsorcjum), stanowi skuteczne zabezpieczenia złożonej oferty i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Na podstawie art. 366 KC kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani.

Z cytowanych przepisów wynika, że z istoty solidarnej odpowiedzialności wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, nawet gdyby jeden z uczestników Konsorcjum złożył gwarancję zapłaty wadium, interes zamawiającego byłby zabezpieczony w zakresie określonym w art. 98 ust. 6 ustawy PZP.

Interes Zamawiającego został należycie zabezpieczony przez wniesienie wadium w sposób, w jaki uczyniło to Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C.

W dniu 29 kwietnia 2022r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C. do złożenia dokumentu potwierdzającego prawne umocowanie Lidera Konsorcjum do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczenia zapłaty wadium na dzień 14.04.2022r. W odpowiedzi Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C. przedstawiło umowę Konsorcjum oraz pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum.

Zgodnie z umową konsorcjum i pełnomocnictwem przedstawionym przez Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C., Lider Konsorcjum jest odpowiedzialny za wniesienie wadium. Pełnomocnictwo potwierdza także wynikającą z przepisów ustawy PZP solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum.

Tym samym Zamawiający wskazuje, że brak jest podstaw do zakwestionowania prawidłowości wniesienia wadium przez Konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i Edom K., S. S.C. oraz odrzucenia oferty złożonej przez to Konsorcjum.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, ze Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a

naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpiło konsorcjum wykonawców: Dom-Expert sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew oraz eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199, 21-010 Łęczna.

Izba stwierdziła, ze ww. konsorcjum wykonawców zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Stan faktyczny:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2022/BZP 00103089/01 w dniu 30.03.2022 r.

W dniu 18 maja 2022 r. konsorcjum wykonawców: PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Zakład Remontowo Budowlany J. M. prowadzący działalność gospodarczą w Tuczępach wniosło odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:
a) dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej należącej do wykonawcy Konsorcjum firm: Dom - Expert Sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew i eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199 , 21-010 Łęczna (dalej również jako Konsorcjum),
b) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu iż nie wniosło ono wadium (bądź wniosło w sposób nieprawidłowy).

W wyniku wniesionego odwołania przez konsorcjum wykonawców: PJM Investment Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Zakład Remontowo Budowlany J. M. prowadzący działalność gospodarczą w Tuczępach, Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 maja 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący do postępowania konsorcjum wykonawców: Dom-Expert sp. z o.o. Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew oraz eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199, 21-010 Łęczna pismem z dnia 23 maja 2022 r. stwierdził, że wskazane przez Odwołującego

uchybienia Zamawiającego są bezpodstawne, zaś żądania - nieuzasadnione. Dodatkowo Przystępujący oznajmił, że oferta Przystępującego jest w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert najkorzystniejsza, a Przystępujący spełnia określone w dokumentacji warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa wart. 98 ust. 2 pkt 3.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Stanowisko Izby:

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na to, że Przystępujący nie wniósł wadium lub wniósł go w sposób nieprawidłowy, są zdaniem Izby niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do kwestii braku interesu prawnego po stronie Odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 maja 2022 r. stwierdził, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w złożeniu odwołania, ponieważ oferta Odwołującego przekracza wysokość środków, jakie Zamawiający zabezpieczył na wykonanie umowy oraz zgody, jaką uzyskał w uchwale Rady Miejskiej nr LI/ 301/2022 z dnia 12 maja 2022 r. na zwiększenie planu wydatków budżetowych w 2022 r. na zadanie inwestycyjne „Termomodernizację Szkoły Podstawowej nr 4 w Łęcznej" do kwoty 5 187 025 zł oraz w uchwale Rady Miejskiej nr LI/ 302/2022 z dnia 12 maja 2022 r. w przedmiocie zmiany w wieloletniej prognozie finansowej w roku 2023 w zakresie tej inwestycji do kwoty 6 400 000 zł, łącznie na kwotę 11 686 655 zł.

Izba wskazuje, że cena jaką zaoferował w swojej ofercie Odwołujący na realizację przedmiotowego postępowania to kwota 11 712 934,11 zł.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie miał legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, że cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w kontekście podjętych ww. uchwał Rady Miejskiej w Łęcznej. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 255 pkt 3 ustawy PZP w przypadku, gdyby oferta Odwołującego w wyniku rozstrzygnięcia Izby stała się najkorzystniejsza, na moment rozpoznania odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny. Takie przyszłe i niepewne zdarzenie nie może prowadzić do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym nie można odmówić wykonawcy możliwości korzystania z tych środków, nawet jeśli Zamawiający składa dokumenty w postaci ww. uchwał Rady Miejskiej. Zdaniem Izby możliwe jest bowiem podjęcie kolejnej uchwały Rady Miejskiej co do możliwości zwiększenia kwoty na realizację zadania inwestycyjnego „Termomodernizacja Szkoły Podstawowej nr 4 w Łęcznej".

Odnosząc się natomiast do zarzutów merytorycznych, Izba wskazuje, że zdaniem Odwołującego wniesiona gwarancja ubezpieczeniowa w przedmiotowym postępowaniu nie zabezpiecza oferty całego konsorcjum, lecz zabezpiecza wyłącznie zobowiązania tylko jednego z członków konsorcjum, tj. Dom Expert sp. z o.o. Izba nie zgadza się z tym poglądem Odwołującego.

Zgodnie z treścią gwarancji ubezpieczeniowej gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do sumy gwarancyjnej 100 000 zł w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że wystąpiła jedna z sytuacji określonych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r. (KIO 38/22) „sam fakt niewskazania w treści gwarancji, że dany podmiot działa w imieniu konsorcjum nie przesądza automatycznie o jej wadliwości i nie oznacza, że w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania wypłaty wadium, występujących po stronie członka konsorcjum niewymienionego w treści dokumentu, ubezpieczyciel takiej wypłaty odmówi (m.in. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2434/20, KIO 2437/20, wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2978/20, wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2658/21). Treść gwarancji powinna podlegać wykładni na podstawie art. 65 KC, a ocena w tym zakresie winna być dokonywana w sposób zindywidualizowany, tj. z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy. Wskazać również trzeba, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (czyli lidera) jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum. Zgodnie z art. 58 ust. 1 i 5 PrZamPubl wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia. Stosownie zaś do art. 445 ust. 1 PrZamPubl wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jak przesądził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17, solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólnie ofertę rozciąga się nie tylko na etap realizacji zamówienia, ale dotyczy również zobowiązań powstałych w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ww. wyroku zwrócono też uwagę, iż ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji ubezpieczeniowej jako dłużnik był jedynie jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i nie oddziaływałoby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.”

Nadto Izba zważa, ze również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt. IV CSK 86/17) jednoznacznie potwierdził, że gwarancja wadialna wystawiona już po zawiązaniu konsorcjum wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (lidera konsorcjum), stanowi skuteczne zabezpieczenie złożonej oferty i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Izba podkreśla, że sam Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2022 r. wezwał Przystępującego, tj. konsorcjum Dom Expert sp. z o.o. i eDom K., S. s.c. do złożenia dokumentu potwierdzającego prawne umocowanie Lidera konsorcjum do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczenia zapłaty wadium na dzień 12.04.2022 r.

Izba zważa, że zgodnie z § 4 ust.1 pkt d) umowy konsorcjum i pełnomocnictwa przedstawionego przez Przystępującego, Lider konsorcjum, tj. Dom Expert sp. z o.o. jest odpowiedzialny za wniesienie wadium. Jednocześnie z umowy konsorcjum wynika w § 3, że pełnomocnikiem konsorcjum ustala się Dom Expert Sp. z o.o. zwanym w dalszej części umowy Liderem. Ponadto Izba wskazuje, że pełnomocnictwo potwierdza także wynikającą z przepisów ustawy PZP solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum. Zamawiający na rozprawie wskazywał, że w dacie oceny ofert oferta konsorcjum została uznana jako najkorzystniejsza i Zamawiający miał wiedzę, że członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązania względem Zamawiającego, co wynikało z pełnomocnictwa stanowiącego załącznik do oferty. Zgodnie bowiem z treścią pełnomocnictwa z dnia 13 kwietnia 2022 r. wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. członkowie konsorcjum wyrazili zgodę na wspólne poniesienie związanej z tym odpowiedzialności solidarnej.

Izba wskazuje, że w wyroku z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 31/21, na który powoływał się Odwołujący w odwołaniu, Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, że „treść gwarancji bankowej z dnia 17 listopada 2020 r. przedłożonej przez konsorcjum nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, iż gwarant miał wiedzę, że wykonawca (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w T. będzie składał ofertę w postępowaniu jako jeden z uczestników konsorcjum, czy chociażby działał jako umocowany pełnomocnik czy lider tego konsorcjum”.

Odnosząc się do powyższego wyroku, Izba zważa, że na podstawie dowodów złożonych na rozprawie przez Przystępującego jednoznacznie wynika, że gwarant (ubezpieczyciel) miał wiedzę dla kogo wystawia gwarancję ubezpieczeniową. Z dowodu nr 1 (załącznik nr 1 załączony do wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dnia 2 czerwca 2022 r.) wynika jednoznacznie, że we wniosku o udzielenie gwarancji zapłaty wadium z dnia 12 kwietnia 2022 r. wskazani są pozostali członkowie konsorcjum, tym samym zobowiązany (Dom Expert sp. z o.o.) działał jako Lider konsorcjum, tj. w imieniu konsorcjum. Na potwierdzenie powyższego Przestępujący złożył dowód nr 2 (załącznik nr 2 załączony do wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dnia 2 czerwca 2022 r.) wynika, że wystawiona gwarancja obejmowała jako zobowiązanego wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Dom Expert sp. z o.o., Krępiec ul. Jarzębinowa 74, 21-007 Mełgiew oraz eDom K., S. s.c. Os. Kol. Trębaczów 199, 21-010 Łęczna, wskazanych we wniosku o wydanie gwarancji.

Izba wskazuje w tym miejscu, że zarówno wniosek o udzielenie gwarancji zapłaty wadium, jak i sama gwarancja ubezpieczeniowa są sporządzone w tej samej dacie, tj. 12 kwietnia 2022 r., więc trudno nawet mówić, aby gwarant nie wiedział dla kogo wystawia gwarancję ubezpieczeniową.

Ponadto ubezpieczyciel oświadczył (dowód nr 2) w imieniu, którego działa broker ubezpieczeniowy - przedstawicielstwo w Lublinie - podpisane przez dyrektora (ta sama osoba wystawiła i podpisała gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 727500110665 z dnia 12 kwietnia 2022 r.), że gwarant dokonałby wypłaty w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy kwoty do sumy gwarancyjnej na wezwanie Beneficjenta (Zamawiający - Gmina Łęczna - Urząd Miejski w Łęcznej), w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019, poz. 2019), po stronie któregokolwiek z wykonawców, tj. Dom-Expert sp. z o.o. lub eDom K., S. s.c., jak również w wyniku jego działań i zaniechań.

Nadto Izba wskazuje, że Zamawiający na rozprawie sam podkreślił, że „przed rozstrzygnięciem przetargu Zamawiający miał świadomość złożenia wniosku przez konsorcjum, tego, który załączył w dniu dzisiejszym Przystępujący, dotyczącego wniosku do ubezpieczyciela, które zostało złożone jako konsorcjum, a nie jako jeden z członków konsorcjum".

Izba podziela pogląd Przystępującego, że wniosek został wypełniony zgodnie z oczekiwaniami ubezpieczyciela, a sam Przystępujący nie miał wpływu na jego kształt. Powyższy wniosek był podstawą wystawienia treści gwarancji. Tym samym treścią gwarancji zostali objęci wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach konsorcjum.

Izba zważa, że twierdzenia Odwołującego na rozprawie jakoby były prowadzone jakiekolwiek negocjacje miedzy Zamawiającym a ubezpieczycielem, jak i że oświadczenie przedstawiciela ubezpieczeniowego w Lublinie (załącznik nr 2 do wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów) powinno być wystawione przez oddział w Warszawie a Przedstawiciel nie ma żadnej mocy decyzyjnej, są zdaniem Izby gołosłowne i nie mają pokrycia w materiale dowodowym.

Tym samym zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy, gwarant (ubezpieczyciel) miał pełną świadomość w imieniu kogo zostaje wystawiona gwarancja ubezpieczeniowa. Izba podziela twierdzenia Zamawiającego, jak i Przystępującego, że ubezpieczyciel miał pełną świadomość, że udziela gwarancji konsorcjum, a nie jednemu z członków konsorcjum. Treść gwarancji jest zatem zgodna z przepisami ustawy PZP, ale także z SWZ, w której w pkt XIII ust. 2 zostało dopuszczone wniesienie wadium przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: „w przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, wadium (w każdej z dopuszczalnych form) może być wniesione przez jednego, kilku lub wszystkich Wykonawców, pod warunkiem, iż łączna wysokość wniesionego wadium odpowiadać będzie wymaganej kwocie. W takim przypadku wnosząc wadium należy wskazać w imieniu kogo i tytułem jakiego postępowania jest wnoszone".

Izba ponadto odniesie się do art. 247 KPC powołanego na rozprawie przez Odwołującego. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 247 KPC, dowód ze świadków lub z przesłuchania stron przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu obejmującego czynność prawną może być dopuszczony między uczestnikami tej czynności tylko w wypadkach, gdy nie doprowadzi to do obejścia przepisów oformie zastrzeżonej pod rygorem nieważności i gdy ze względu na szczególne okoliczności sprawy sąd uzna to za konieczne. Izba zważa, że oświadczenie złożone przez ubezpieczyciela (załącznik nr 2 do wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów) nie jest przeciwko osnowie czy ponad osnowie dokumentu (gwarancji ubezpieczeniowej) jak to uważa Odwołujący, ponieważ ww. oświadczenie jedynie potwierdza to co jest zawarte w przedmiotowej gwarancji.

Nadto Izba wskazuje, że zgodnie z art. 535 ustawy PZP, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Reasumując, zdaniem Izby wniesione wadium zabezpiecza roszczenia Zamawiającego, a Odwołujący nie wykazał braku zabezpieczenia interesu Zamawiającego, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie.

Tym samym zdaniem Izby nie sprawdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, a także art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP jako zarzut wynikowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....