Sygn. akt: KIO 242/23

KIO 305/23

WYROK

z dnia 17 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 14 lutego 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia i 3 lutego 2023 r.

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

A. Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „Pekum" sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ILYS sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie [„Odwołujący A"] – sygn. akt KIO 242/23

B. B.T.B.-Inżynieria Budownictwo Instalacje sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, HEATCO sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach [„Odwołujący B"] – sygn. akt KLIO 305/23

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Przebudowa sieci cieplnych w rejonie ul. Nowa Niepodległości – etap B, w rejonie ul. Żołnierska-Dworcowa, w rejonie ul. Metalowej" w ramach projektu pn. „Zmniejszenie emisyjności gospodarki poprzez poprawę efektywności dystrybucji ciepła w Olsztynie w wyniku przebudowy sieci i węzłów ciepłowniczych – etap I" (nr MPEC/PE-EZ/226/22).

prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie [„Zamawiający"]

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „Pekum" sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ILYS sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie – sygn. akt KIO 305/23

– po stronie Odwołującego B

B. FOXSAN sp. z o.o. z siedzibą w Smolajnach, DMPRI F. W., Smolajny – sygn. akt: KIO 242/23, KIO 305/23 [„Przystępujący"]

C. B.T.B.-Inżynieria Budownictwo Instalacje sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, HEATCO sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – sygn. akt KIO 242/23

– po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu w części III zamówienia:

1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego A,

2) wezwanie Odwołującego A do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 6.1. lit. a) SWZ, w zakresie brakującej informacji o systemie surowcowym zastosowanym do produkcji pianki PUR dla rur o średnicy większej niż DN 250,

3) odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.

2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 242/23 obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego A tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego A kwotę 24139 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące sto trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 305/23 obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego B tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego B kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kwocie uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14

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

U z a s a d n i e n i e

Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie {dalej: „Zamawiający"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. Przebudowa sieci cieplnych w rejonie ul. Nowa Niepodległości – etap B, w rejonie ul. Żołnierska-Dworcowa, w rejonie ul. Metalowej w ramach projektu pn. „Zmniejszenie emisyjności gospodarki poprzez poprawę efektywności dystrybucji ciepła w Olsztynie w wyniku przebudowy sieci i węzłów ciepłowniczych – etap I" (nr MPEC/PE-EZ/226/22).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 października 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_209 pod poz. 598837.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

24 stycznia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty we wszystkich trzech częściach powyższego zamówienia – w tym w części I i II oferty wspólnie złożonej przez Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych „Pekum" sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie i ILYS sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie {dalej: „Konsorcjum Pekum"}, a w części III oferty złożonej wspólnie przez FOXSAN sp. z o.o. z siedzibą w Smolajnach, DMPRI F. W. ze Smolajn {dalej: „Konsorcjum Foxan" lub „:Przystępujący"}, a także o odrzuceniu oferty Konsorcjum Pekum w części III zamówienia.

{KIO 242/23}

26 stycznia 2023 r. Konsorcjum Pekum {dalej również: „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania w części III, w szczególności od odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp: 1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c – przez odrzucenie oferty Konsorcjum Pekum mimo złożenia przez nie przedmiotowych środków dowodowych, w tym deklaracji dotyczącej spełnienia wymagań Zamawiającego oraz deklaracji Logstor International sp. z o.o. dotyczącej stosowanego systemu surowcowego pianki PUR, gdzie wskazano, że system BASF H2130/10 jest stosowany dla rur preizolowanych o średnicach DN 200 włącznie, zaś system Baytherm stosowany jest dla rur o średnicach DN 250, a ponadto protokół z badań pn. „Identyfikacja preizolowanej rury zespolonej fi 323/500 mm" (czyli dla rury

o znacznie większej średnicy niż wskazana w deklaracji) oraz złożone na wezwanie skierowane w odniesieniu do części I i II wyjaśnienia (że system surowcowy PUR Baytherm 41HK01 stosowany jest dla rur o średnicach DN250 i większych, a same rury są produkowane z zastosowaniem ciągłej metody produkcji oraz posiadają aluminiową barierę dyfuzyjną) jednoznacznie wskazują nr to, że przedstawione przedmiotowe środki dowodowe potwierdzają wymaganą jakość stosowanych systemów surowcowych.

2. Art. 107 ust. 2 lub 4 – przez przyjęcie, że złożone przez Konsorcjum Pekum przedmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na dokonanie oceny stosowanego systemu surowcowego dla rury o przekroju DN 350 mm, pomimo że w sytuacji złożenia dokumentów i wyjaśnień, o których mowa w poprzednim zarzucie, w zestawieniu choćby z wiedzą posiadaną z urzędu przez Zamawiającego (który w innych postępowaniach otrzymywał w ramach zamówienia rury z systemem surowcowym Baytherm 41HK01 o wymaganych również obecnie średnicach), mógł on wezwać do uzupełnienia lub wyjaśnienia tych złożonych dokumentów.

3. Art. 239 ust. 1 i 2 – przez wybór oferty Konsorcjum Foxan, pomimo że w istocie najkorzystniejsza jest oferta Konsorcjum Pekum.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum Pekum.

2. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

3. Powtórzenia badania i oceny ofert.

W ramach uzasadnienia Odwołujący zrelacjonował ponadto następujące okoliczności dotyczące badania oferty Konsorcjum Pekum przez Zamawiającego.

Stosownie do brzmienia pkt 6.1 SWZ Zamawiający żąda wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w STWIOR – Opis przedmiotu zamówienie tj.:

a) deklaracji określającej system surowcowy zastosowany do produkcji pianki PUR (system surowcowy powinien być zgodny z systemem wpisanym do Krajowej oceny technicznej), b) sprawozdania z badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej zgodnie z normami PN-EN lSO 8497 oraz PN-EN 253 (wartość współczynnika przewodzenie λ50 W/mK ma być podana razem z wynikami badań gęstości, wielkością komórek i składem gazu w komórkach oraz wytrzymałości na ściskanie pianki PUR w odniesieniu do zastosowanego systemu surowcowego),

c) sprawozdania z badań typu wykonanych zgodnie z normą PN-EN 489 oferowanych złączy mufowych,

d) zestawienia materiałów do wykonania sieci z ilością i opisem oferowanych wyrobów.

Zamawiający w ramach uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wskazał, że wraz z nią w odniesieniu do pkt 6.1. SWZ Konsorcjum złożyło jedną deklarację, zawierającą oświadczenie, z którego wynika, że stosowany system surowcowy uzależniony jest średnicy rury – w przypadku rur o średnicach do 200 DN włącznie stosowany jest system BASF H2130/10, a dla rur o średnicach 250 DN – system Baytherm 41HK01. Z oświadczenia tego nie wynika zatem, jaki system stosowany jest w przypadku rur o średnicy DN 350 mm. Tym samym dokument zawierający deklarację jest błędny i jako taki nie podlega uzupełnieniu, gdyż takie działanie jest możliwe w przypadku niekompletnych środków dowodowych. Natomiast kiedy środek jest kompletny, ale jego treść jest niewystarczająca dla pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, uzupełnianie takiego dokumentu jest wykluczone.

W organizowanych postępowaniach Zamawiający z reguły dopuszcza stosowanie tożsamego systemu rur i tym samym co najmniej w przypadku części zamówień stosowane są rury Logstor, w tym identyczne jak te, które były wymagane w tym postępowaniu. Zamawiający wiedział więc, że w istocie oferowany produkt w zakresie rur 355 mm spełnia jego wymogi.

Ponadto w ogólnodostępnym katalogu produktów Logstor (. com/media/7307/kingspan-logstor-product-cataloguespecifications-pl.pdf) wprost wskazano, że izolacja rur produkowanych metodą „axial conti" wykorzystywana jest do produkcji osłon fi od 90 do 315 mm; rury „spiro conti stosowane są do płaszczy o średnicach fi od 355 do 1200 mm; ponadto stosowana jest również metoda „opti".

Znana jest również Zamawiającemu okoliczność, że na rynku polskim oferowane są rury o grubości osłony od 90 do 315 mm, produkowane metodą ciągłą „axial conti" z zastosowaniem systemu surowcowego BASF H2130/10, rury produkowane metodą ciągłą „spiro conti" o grubości osłony od 355 do 500 mm oraz rury produkowane metodą ciągłą „opti" o średnicach osłony od 560 do 1400 mm (rury jeszcze większych średnicach produkowane metodą „spiro").

W ramach okoliczności prawnych w uzasadnieniu odwołania przytoczono przepisy art. 107 ust. 1, 2 i 4 ustawy pzp, tj. że:

- jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 pzp);

- jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 107 ust. 2 pzp);

- zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 4 pzp).

Poza tym w uzasadnieniu odwołania przywołano wypowiedzi orzecznictwa dotyczące stosowania art. 26 ust. 3 i 4 poprzednio obowiązującej ustawy pzp, które Odwołujący uznał za adekwatne również w odniesieniu do przepisów art. 107 ust. 2 i 4 ustawy pzp.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, a ponadto wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że przedmiotowe środki dowodowe winny być rozpoznawane przez Zamawiającego łącznie, co pozwoliłoby na wybór oferty Konsorcjum Pekum bez konieczności stosowania trybów określonych w art. 107 ust. 2 i 4 pzp.

Po drugie, skoro Zamawiający uznał, że złożona deklaracja potwierdzała tylko jakość materiałów co do dwóch pierwszych części, winien co do rury 355 mm objętej częścią trzecią przyjąć, że Konsorcjum Pekum w ogóle nie złożyło przedmiotowego środka dowodowego, co czyniło koniecznym skierowanie wezwania do jego uzupełnienia, tym bardziej z uwagi na treść złożonych przez Konsorcjum Pekum wyjaśnień.

{KIO 305/23}

3 lutego 2023 r. B.T.B.-Inżynieria Budownictwo Instalacje sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, HEATCO sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, którzy wspólnie złożyli ofertę na drugą i trzecią część tego zamówienia {dalej również:

„Konsorcjum BTB" lub „Odwołujący"} wniosły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania w części III.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp w części III zamówienia:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 14 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Foxan, pomimo wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy.

2. Art. 239 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Foxan, pomimo że nie została w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części III zamówienia:.

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenia oferty Konsorcjum Foxan ze względu na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.

3. Dokonania badania spełniania warunków udziału przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona.

W ramach uzasadnienia Odwołujący zrelacjonował ponadto następujące okoliczności faktyczne dotyczące wadium wniesionego w związku z ofertą Konsorcjum Foxan.

Brzmienie pkt 24.1. rozdziału XXIV SWZ: Wykonawca przystępując do przetargu jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 80 000,00 zł (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych 00/100) - w zakresie części nr 3.

Konsorcjum FOXAN wraz ze ofertą złożyło gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium tj. dokument pn. „WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA)" nr 280000198566 z 28.11.2022 r. W treści tej gwarancji ubezpieczeniowej jako wykonawcę wskazano wyłącznie Foxsan sp. z o.o. z siedzibą w Smolajnach: (…) Ponieważ FOXSAN SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą: 11-040 DOBRE MIASTO, SMOLAJNY 4C (dalej zwany „Wykonawcą") składa Ofertę na Przebudowa sieci cieplnych w technologii tradycyjnej na sieć w technologii rur preizolowanych: Zadanie 3. – w rejonie ul. Metalowej – Znak sprawy: MPEC/PE-EZ/226/22 (…)

Z treści tej gwarancji nie wynika również, że Foxan złoży ofertę z jakimkolwiek innym wykonawcą w ramach konsorcjum, w tym również, że będzie to DMPRI F. W., Smolajny 4C, 11-040 Dobre Miasto.

Argumentacja prawna uzasadnienia odwołania sprowadza się do przytoczenia obszernych fragmentów uzasadnień wyroków [poniżej przytoczono akapity zawierające zdania podkreślone lub pogrubione przez Odwołującego] i fragmentu jednego z komentarzy.

Z uzasadnienia wyroku Izby z 15 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 970/20: (…)

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.

(…)

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 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.

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.

(…)

Z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 lutego 2019 r. sygn. akt XII Ga 555/18:

W ocenie Sądu Okręgowego to „należyte" i „dające pewność" zabezpieczenie interesów zamawiającego wyznacza i determinuje skuteczność gwarancji wadialnej. Dokonując, zatem analizy z uwzględnieniem powyższych kryteriów - dokumentu Gwarancji wadialnej złożonego przez Konsorcjum (...), Sąd Okręgowy za KIO uznał, że nie czynił on zadość obowiązkowi skutecznego wniesienia wadium. Zgodzić się, bowiem należy z KIO, że treść Gwarancji wadialnej nie pozostawia wątpliwości, iż zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały

działania lub zaniechania Zobowiązanego, którym jest wyłącznie jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo (...) S. A. z siedzibą w S. Z żadnego postanowienia Gwarancji wadialnej nie wynika, że obejmuje ona także okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia ani też nie wskazuje drugiego z Wykonawców wchodzącego w skład Konsorcjum, tj. (...) Spółkę o.o.

(...)

…z treści gwarancji ubezpieczeniowej musi, więc jednoznacznie wynikać, jaki zabezpiecza, stosunek prawny i wynikające z niego zobowiązanie. Tymczasem literalne brzmienie Gwarancji wadialnej z 14 lipca 2015 r. pozwala na interpretację, że stosunek prawny zaistnieje tylko i wyłącznie pomiędzy beneficjentem gwarancji (Zamawiającym) Zarządem Dróg Wojewódzkich w G. a Zleceniodawcą gwarancji (Zobowiązanym) tj. Przedsiębiorstwem (...) S.A. Przedmiotowa Gwarancja wadialna wystawiona de facto jedynie na zlecenie ww. Przedsiębiorstwa, nie wywołuje, zatem skutków prawnych wobec Konsorcjum (...), jako grupy wykonawców. W konsekwencji roszczenia z tytułu takiej Gwarancji powstają w razie zaistnienia wymienionych powyżej okoliczności (art 46 ustawy pzp) dotyczących wyłącznie tego Zobowiązanego, który został imiennie wymieniony i objęty gwarancją. W takiej sytuacji zdaniem Sądu Okręgowego zachodzi, więc bardzo poważne ryzyko, że Zamawiający z uwagi na zawarte w przedmiotowej Gwarancji nieścisłości, co do podmiotowego zakresu gwarancji, może nie uzyskać od Gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego Wykonawcy, który nie został objęty tą Gwarancją. Sąd Okręgowy zwrócił przy tym uwagę na powszechnie znany i stosowany przez ubezpieczycieli formalizm, co do interpretacji zapisów umów ubezpieczeniowych, ogólnych warunków ubezpieczenia czy też gwarancji. W ocenie Sądu Okręgowego bardzo wysoce prawdopodobnym jest, zatem że w przypadku nie podpisania umowy z zamawiającym z winy wykonawcy nie objętego gwarancją, gwarant może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej zarzucając, że skoro nie „gwarantował" za takiego wykonawcę to też nie ziściły się przyczyny do „uruchomienia gwarancji" a nadto, że w takiej sytuacji w ogóle nie podjąłby decyzji o wystawieniu gwarancji, skoro wzrasta ryzyko odpowiedzialności gwaranta, tj. już nie tylko za jednego

wykonawcę ale już za dwóch wykonawców. Dlatego też zastosowanie w tym przypadku interpretacji forsowanej przez obu Skarżących nie jest zdaniem Sądu Okręgowego dopuszczalne, nie zabezpiecza w sposób pewny interesów finansowych Zamawiającego, dysponującego przecież publicznymi środkami pieniężnymi. Sąd Okręgowy odwołuje się w tym miejscu do podobnego stanowiska KIO wyrażonego w uzasadnieniu do wyroków z 15 września 2014 r. sygn. KIO 1785/14 i 7 stycznia 2015 r. sygn. KIO 2694/14, w których uznano, że „Wystawca gwarancji (ubezpieczyciel) nie jest zobowiązany do rozszerzającej interpretacji treści wystawionej przez siebie gwarancji

ubezpieczeniowej. Ma, bowiem prawo uznać, że podmiot nie wymieniony wprost w treści gwarancji jest osobą trzecią w stosunku do wystawcy gwarancji, za działania i zaniechania której gwarant nie ponosi odpowiedzialności. A skoro tak, to gwarant może odmówić wypłaty sumy objętej gwarancją w sytuacji, gdy podstawa żądania wypłaty sumy gwarancyjnej będą działania lub zaniechania podmiotu nie wymienionego wprost w treści gwarancji".

(...)

Podsumowując Sąd Okręgowy przyjął, że przedmiotowa Gwarancją wadialna wskazuje tylko jednego z Wykonawców wchodzącego w rzeczywistości w skład Konsorcjum (...), a tym samym określa tylko warunki wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w powiązaniu z działaniem lub zaniechaniem tylko tego konkretnego wykonawcy, tj. Przedsiębiorstwa (...) S.A. To z kolei skutkuje uznaniem, że Gwarancja wadialna skuteczna tylko wobec jednego z członków Konsorcjum (...) nie zabezpiecza interesów Zamawiającego a w konsekwencji, że oferta wspólna Skarżących nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, co implikuje konieczność ich wykluczenia z postępowania.

(…)

Stanowisko wyrażone w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza odnośnie treści gwarancji wadialnej składanej przez konsorcjum:

Wniesienie wadium w formie gwarancji wadialnej 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 zatrzymania wadium.

O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje treść gwarancji wadialnej, która może być ukształtowana różnie. W przypadku gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej zabezpieczającej ofertę konsorcjum nie zawsze wszyscy współwykonawcy muszą być konkretnie wskazani w treści gwarancji. Wystarczające jest rodzajowe oznaczenie współwykonawców. 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.

Dopuszczalne jest również wniesienie wadium w postaci gwarancji, w której jako zleceniodawcę (wykonawcę) wskazano tylko jednego ze współwykonawców, o ile z treści gwarancji można wyinterpretować, że odpowiedzialność gwaranta obejmuje również 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. Taką oznaką

mogłoby być wskazanie w treści gwarancji, że „przyczyny leżące po stronie wykonawcy" (art. 98 ust. 6 pkt 1 i 3 Pzp) obejmują również działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych gwarantowi współwykonawców.

W tych okolicznościach faktycznych i prawnych Odwołujący zarzucił, że oferta Konsorcjum Foxan powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 14 pzp, jako oferta wykonawcy, który wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Natomiast dokonując wyboru oferty Konsorcjum Foxan jako najkorzystniejszej Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy pzp, które miały wpływ na wynik postępowania, a także wpływają na możliwość poniesienia szkody przez Konsorcjum BTB i uzyskania przez nie zamówienia.

{KIO 242/23}

W odpowiedzi na odwołanie z 13 lutego 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania Konsorcjum Pekum, przedstawiając uzasadnienie takiego stanowiska, które sprowadza się do następujących twierdzeń.

Po pierwsze – złożona wraz z ofertą jako przedmiotowy środek dowodowy deklaracja producenta określająca system surowcowy zastosowany do produkcji pianki PUR zawiera w swojej treści błąd, który powoduje, że nie potwierdza zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami określonymi w SWZ, co pośrednio zostało zresztą także przyznane w treści odwołania. Ściśle rzecz biorąc ten przedmiotowy środek dowodowy był w odniesieniu do zadania trzeciego częściowo prawidłowy (pozwalał na określenie systemu surowcowego dla rur o mniejszych średnicach), a częściowo błędny, gdyż nie określał systemu surowcowego stosowanego dla rur o średnicach większych niż DN 250, które mają być zastosowane w tej części zamówienia.

Po drugie – przepisy ustawy pzp, w szczególności art. 107 ust. 2 i 4, nie dają zamawiającemu możliwości wzywania wykonawców do poprawienia błędów zawartych w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych, czy to pod pozorem uzupełnienia, czy wyjaśnienia, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, a także w piśmiennictwie [szeroko przywołanym w odpowiedzi na odwołanie]. Natomiast uczynienie zadość żądaniom odwołania prowadziłoby do poprawienia tej oferty w sposób sprzeczny z treścią art. 107 ust. 2 i 4 pzp oraz z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 pkt 1 pzp. O ile dodanie po frazie „Baytherm 41HK01

dla rur o średnicach DN250” dopisku „i większych” spowodowałoby, że deklaracja objęłaby wszystkie materiały wymagane w części trzeciej, o tyle wymagania SWZ ten środek dowodowy mógłby spełniać również w innych wariantach poprawienia, gdyż od strony technicznej możliwe jest stosowanie różnych systemów surowcowych dla rur preizolowanych

nawet o tych samych średnicach. Z tego powodu to sam wykonawca musi wiedzieć, jakiego rodzaju materiały dobiera, i umożliwić Zamawiającemu obiektywną weryfikację, czy są to materiały zgodne z wymaganiami SWZ.

Konsorcjum BTB i Konsorcjum Foxan jako przystępujący po stronie Zamawiającego w swoich pismach procesowych odpowiednio z 6 i 7 lutego 2023 r. wnieśli również o oddalenie odwołania Konsorcjum Pekum, przedstawiając w większości argumentację zbieżną z odpowiedzią na odwołanie.

Natomiast Izba nie wzięła pod uwagę tych pism w zakresie, w jakim prezentują stanowisko sprzeczne z Zamawiającym, w tym przede wszystkim wykraczają poza uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Pekum, gdyż jak wynika to wprost z art. 525 ust. 4 ustawy pzp, czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

{KIO 305/23}

W odpowiedzi na odwołanie z 13 lutego 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania Konsorcjum BTB, przedstawiając uzasadnienie takiego stanowiska, które sprowadza się do następujących twierdzeń.

przepisy p.z.p. nie określają treści gwarancji wadialnej, praktyka rynkowa wykształciła jednak elementy, które powinna zawierać gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona jako wadium w postępowaniu by spełniać swój cel,

Po pierwsze, celem wadium jest realne zabezpieczenie zatrzymania przez zamawiającego określonej sumy tytułem swoistej rekompensaty za niewypełnienie niektórych obowiązków wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Po drugie, przedłożona gwarancja daje pewność wypłaty sumy gwarancyjnej na rzecz Zamawiającego także w przypadku, gdyby przesłanki zatrzymania wadium dotyczyły konsorcjanta; nie zawiera żadnej treści pozwalającej na ograniczenie odpowiedzialności gwaranta w tym zakresie. Przeciwnie, gwarant zobowiązał się wypłacić kwotę gwarancji nawet nie w razie zaistnienia jednej z przesłanek zatrzymania wadium, ale samego stwierdzenia w żądaniu Zamawiającego, że jedna z przesłanek zatrzymania wadium została spełniona; stwierdzenie to nie wymaga nawet żadnego uzasadnienia, co wprost zostało wskazane w treści gwarancji.

Po trzecie, Odwołujący nadinterpretuje spotykane w orzecznictwie obiekcje wobec wniesienia wadium w postaci gwarancji, w ramach której wymieniony jest jeden podmiot wchodzący w skład konsorcjum – ignoruje fakt, że zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu

Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17 każdorazowo należy badać konkretne sformułowanie gwarancji oraz wynikającą z niego rzeczywistą ochronę interesów, które ma zabezpieczać wadium, albo brak takiej ochrony. A sposobów realizacji tej ochrony jest wiele.

Po czwarte, można z łatwością wyobrazić sobie takie sformułowania gwarancji ubezpieczeniowej, w wypadku których fakt pominięcia konsorcjantów mógłby zagrozić możliwości skorzystania z wadium. Jednak do takich sformułowań nie zalicza się jednak to, które zostało użyte w gwarancji wystawionej na potrzeby przedmiotowego postępowania przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. i przedłożonej Zamawiającemu przez Konsorcjum Foxan.

Konsorcjum Foxan jako przystępujący po stronie Zamawiającego w piśmie procesowym z 13 lutego 2023 r. również wniosło o oddalenie odwołania Konsorcjum BTB, przedstawiając argumentację zbieżną z odpowiedzią na odwołanie.

{KIO 242/23, KIO 305/23}

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało w całości odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie którejkolwiek ze spraw, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w części III, której dotyczą odwołania, gdyż również złożyli ofertę na to zadanie. Jednocześnie mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które dotyczą odrzucenia oferty Konsorcjum Pekum albo zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Konsorcjum Foxan, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

{KIO 242/23}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przywołane powyżej za odwołaniem okoliczności dotyczące badania oferty Konsorcjum Pekum przez Zamawiającego odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, więc wystarczające będzie ich uzupełnienie i podsumowanie.

Przedmiotem tego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na wymianie istniejących sieci cieplnych wykonanych w systemie tradycyjnym na sieć cieplną w technologii rur preizolowanych w Olsztynie, m.in. w rejonie ul. Metalowej (którego dotyczy część III tego zamówienia), z materiałów wykonawcy, zgodnie z opracowanym projektem budowlanym, który stanowi załącznik do SWZ. Przy czym zakres prac budowlano-montażowych obejmuje: demontaże i prace rozbiórkowe, prace ziemne, zakup, dostawę i montaż armatury i rurociągów, zagospodarowanie i uporządkowanie terenu, budowę sieci cieplnych [zob. rozdział IV pkt 4.1. i 4.4.1 lit. a) SWZ].

Załącznik nr 4 do SWZ – Specyfikacja technicznej wykonania i odbioru robót {dalej: STWiOR}, pkt 3. Wymagania techniczne. Sieci cieplne, w pkt 3.3. Izolacja cieplna określa wymagania dla izolacji poliuretanowej wszystkich elementów (rur prostych, kształtek, armatury i złącz), w tym że musi być wykonana z zastosowaniem systemów surowcowych o zerowym oddziaływaniu na warstwę ozonową (nie dopuszcza się stosowania systemów pienionych za pomocą freonów twardych czy miękkich albo CO_2).

Przede wszystkim w zamieszczonej w kolejnym pkt, czyli 4. Tabeli 1. następująco określono wymagane parametry i metody badań przez wskazanie stosownych norm [albo wskazano metodę określania wielkości danego przez wskazanie właściwej normy – dot. pkt 2), 4) i 9) poniżej] dla izolacji z pianki PUR: 1) gęstość pozorna ρ – min. 55 kg/m^3 – PN-EN 253; 2) gęstość pozorna po starzeniu ρ w kg/m^3 – PN-EN 253; 3) wytrzymałość na ściskanie w kierunku promieniowym przy 10% odkształceniu σ_{10} – min. 0,3 MPa – PN-EN 253; 4) wytrzymałość na ściskanie w kierunku promieniowym przy 10% odkształceniu po starzeniu g^{10} w MPa – PN-EN 253; 5) chłonność wody po gotowaniu WA_v – max 10%m/m – 10 PN-EN 253; 6) chłonność wody po gotowaniu WA_v – min. 0,75 V_1/V_0 – PN-EN 253; 7) współczynnik przewodzenia ciepła przed starzeniem λ_{50} – max 0,026 W/mK – PN-EN ISO 8497, PN-EN 253; 8) struktura komórkowa (wymiar komórek) d – max 0,5 mm, PN-EN 253; 9) struktura komórkowa (wymiar komórek po starzeniu) d w mm – PN-EN 253; 10) struktura komórkowa (udział komórek zamkniętych) $\|/_{ośr}$ – min. 88%v/v – PN-EN 253.

Jednocześnie w ramach zamieszczonego w pkt 3.9. wykazu dokumentów

wymaganych przy składaniu ofert wymieniono: 1) oświadczenie, że oferowany system preizolowany spełnia wszystkie aktualne normy oraz wymagania jakościowe wymienione w STWiOR, 2) deklarację określającą system surowcowy zastosowany do produkcji pianki PUR (który powinien być zgodny z systemem wpisanym do Krajowej oceny technicznej), 3) sprawozdanie z badania współczynnika przewodzenia przed starzeniem przeprowadzonego przez akredytowane laboratorium badawcze na rurze badanej zgodnie z normami PN-EN ISO 8497 oraz PN-EN 253 (przy czym wartość współczynnika przewodzenia ciepła ma być podana wraz z wynikami badań gęstości, wielkości komórek, składu gazu w komórkach oraz wytrzymałości na ściskanie pianki PUR z zastosowanego systemu surowcowego), 4) sprawozdanie z badań typu wykonanych zgodnie z normą PN-EN ISO 8497 oferowanych złączy mufowych zawierające… [dalej wskazano, o jakie chodzi wyniki badań, co pozostaje poza zakresem rozpoznania niniejszej sprawy].

Wyszczególnienie dokumentów z pkt 3.9. STWiOR zostało powtórzone – z wyjątkiem, o którym mowa poniżej – w ramach zamieszczonej w rozdziale VI SWZ informacji o przedmiotowych środkach dowodowych, które należy złożyć wraz z ofertą, gdzie w pkt 6.1. m.in. w lit. a) deklaracja, w lit. b) sprawozdanie z badań, w lit. d) zestawienie materiałów zostały wskazane jako żądane przez Zamawiającego, na potwierdzenie zgodności oferowanych urządzeń [jak określono tu rury i elementy armatury] z wymaganiami określonymi w STWIOR, przedmiotowe środki dowodowe.

Co istotne, w pkt 6.5. SWZ Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że będzie to dotyczyło potwierdzeniu zgodności z echami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Deklarowany system surowcowy, z którego wykonano piankę PUR, nie był przedmiotem oceny w ramach kryteriów oceny ofert.

Natomiast oświadczenie wymienione jako pierwsze w pkt 3.9. STWiOR ostatecznie (w pkt 2. zestawu nr 5 zmian treści SWZ z 2 grudnia 2022 r.) zostało wprowadzone jako pkt 15 lit. c Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ.

Konsorcjum Pekum złożyło ofertę na wszystkie trzy części tego zamówienia, co wynika wprost z treści wypełnionego formularza oferty, w którym uwzględniono również oświadczenie, że oferowany system preizolowany spełnia wszystkie aktualne normy oraz wymagania jakościowe wymienione w STWiOR [plik nr 1].

Niezależnie od powyższego oferta Konsorcjum Pekum co do jej przedmiotu zawiera w szczególności poniżej wymienione oświadczenia i dokumenty, które zostały złożone [z wyjątkiem ostatniej kategorii wymienionych poniżej dokumentów] bez przypisania

do określonej części zamówienia.

Po pierwsze – pięć deklaracji składanych w imieniu producenta Logstor International sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu {dalej: Logstor International} [plik nr 2], w tym:

- pierwsza – dotycząca łącznie spełniania wymagań Zamawiającego określonych w pkt 3.1.-3.8. STWiOR [a więc zarówno w odniesieniu do rur, jak i armatury] oraz sześciu wskazanych z nr PN-EN, złożona w intencji uczynienia zadość pkt 3.9. ppkt 1) STWiOR;

- druga – dotycząca stosowanego systemu surowcowego pianki PUR [ponieważ interpretacja jej treści była sporna, dalej zostanie szerzej omówiony], złożona w intencji uczynienia zadość pkt 3.9. ppkt 2) STWiOR;

- trzecia – dotycząca przewodniości cieplnej izolacji PUR, złożona w intencji uczynienia zadość pkt 3.9. ppkt 3) STWiOR w zw. z Tabelą 1.;

- czwarta i piąta – dotyczące odpowiednio złączy mufowych i kolanowych, złożone w intencji uczynienia zadość pkt 3.9. ppkt 4) STWiOR [dokumenty bez większego znaczenia dla tej sprawy]

Po drugie – Krajową Ocenę Techniczną ITB-KOT-2017/0187 wydanie 4, do której odesłano w pierwszej i drugiej deklaracji, jako dokumentu potwierdzającego treść zawartych w nich oświadczeń [plik nr 8];

Po trzecie – protokoły z badań przeprowadzonych przez IMA Drezno, do których odesłano w trzeciej deklaracji, jako dokumentów potwierdzających zawarte w niej oświadczenie (dokumenty złożone w języku angielskim i polskim):

- nr V384/21.1 „Identyfikacja preizolowanej rury zespolonej Ø 60 mm/140 mm

z aluminiową barierą dyfuzyjną typu linia Conti wyprodukowanej przez LOGSTOR A/S Pianka systemu BASF H2130/10", skrócony tytuł: „Przewodność cieplna (przed starzeniem) – H2130/10 [pliki nr 10 (ang.) i 11 (pol.)];

- nr V275/21 „Identyfikacja preizolowanej rury zespolonej φ323/500 mm typu linia Spiral conti wyprodukowanej przez LOGSTOR AS Pianka PUR systemu Baytherm 41HK01", skrócony tytuł: „Przewodność cieplna (przed starzeniem) linia Spiral conti – 41HK01" [pliki nr 12 (ang.) i 13 (pol.)].

Po czwarte – sprawozdania z badań przeprowadzonych przez Veolię Warszawa, w tym trzy dotyczące poszczególnych rodzajów złączy mufowych, do których odesłano w czwartej deklaracji, i jedno dotyczące złączy mufowych kolanowych, do którego odesłano w piątej deklaracji, jako dokumentów potwierdzających treść zawartych w nich oświadczeń [pliki nr 14-17].

Po piąte – trzy wykazy materiałów preizolowanych, odrębnie dla każdego zadania, zawierające tabele, w których podano liczbę szt. dla określonych z nazwy, nr materiałowego

i nr poz. rur, muf, zaworów i innych materiałów, które mają być użyte do wykonania sieci cieplnej w technologii preizolowanej w danej lokalizacji [pliki nr 18a, 18b i 18c].

Brzmienie oświadczenia zawartego w drugiej z powyżej wspomnianych deklaracji producenta Logstor International, które było podstawą faktyczną decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty:

W nawiązaniu do zapisu Zamawiającego zawartego w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót postępowania MPEC/PE-EZ/226/22 punkt 3.9 ppkt 2, LOGSTOR International Sp. z o. o. oświadcza, że rury preizolowane oferowane przez naszą firmę produkowane są z zastosowaniem systemów surowcowych pianki PUR:

- BASF H2130/10 dla rur preizolowanych o średnicach do DN200 włącznie

- Baytherm 41HK01 dla rur o średnicach DN250.

Oferowane rury produkowane są z zastosowaniem ciągłej metody produkcji oraz posiadają aluminiową barierę dyfuzyjną.

Systemy surowcowe, ciągła metoda produkcji rur oraz bariera dyfuzyjna wpisane są do Krajowej Oceny Technicznej Nr ITB-KOT-2017/0187 wyd. 4.

Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum Pekum, gdyż ustalił, że z oświadczenia tego jednak nie wynika, jaki system surowcowy jest stosowany dla rur powyżej DN 250 mm, a takie będą zgodnie z zestawieniem materiałów zastosowane przy Zadaniu 3 – w rejonie ul. Metalowej (stosowane będą rury o średnicy DN 350 mm). W konsekwencji Zamawiający uznał, że powyższy (…) dokument w odniesieniu do Zadania 3 jest błędny, ponieważ nie określa systemu surowcowego zastosowanego do produkcji pianki PUR dla części rur preizolowanych stosowanych w tym zadaniu.

Z kolei całość uzasadnienia prawnego sprowadza się do wyczerpującego przedstawienia interpretacji art. 107 ust. 7 pzp jako przepisu, który znajduje zastosowanie do sytuacji niezłożenia w ogóle lub złożenia niekompletnego środka przedmiotowego, natomiast już nie do przypadku, gdy zawiera on błędy – w odróżnieniu od przepisu art. 108 ust. 1 pzp dotyczącego podmiotowych środków dowodowych, które podlegają uzupełnieniu również w takiej sytuacji.

Tymczasem przeprowadzona powyżej analiza dokumentów oferty złożonej przez Konsorcjum Pekum prowadzi do wniosku, że przedmiotem tej oferty jest przebudowa sieci cieplnych we wszystkich lokalizacjach objętych tym zamówieniem przy zastosowaniu materiałów konkretnych producentów, w tym rur preizolowanych producenta Logstor International. Rury te produkowane są z zastosowaniem ciągłej metody produkcji, posiadają aluminiową barierę dyfuzyjną, a także produkowane są z zastosowaniem jednego z dwóch

konkretnie wskazanych systemów surowcowych pianki PUR, z których każdy spełnia wymagane parametry techniczne opisu przedmiotu zamówienia, co potwierdzają wymagane w tym zakresie sprawozdania z badań wykonanych przez uprawnione do tego niezależne instytucje. Przy czym z zarówno z tych dokumentów, jak i dodatkowo złożonej Krajowej Oceny Technicznej wynika, że Logstor International stosuje następująco te systemy surowcowe: BASF H2130/10 dla rur preizolowanych o średnicy nominalnej do 200 mm włącznie, natomiast Baytherm 41HK01 dla rur o średnicy nominalnej 250 mm i większych.

Wobec tego nie tyle nie wiadomo, jaki system surowcowy pianki PUR jest stosowany przez Logstor International przy produkcji rur o średnicy DN 350, co informacja ta nie została odzwierciedlona w miejscu na to przeznaczonym wg SWZ, czyli w dokumencie zażądanym w pkt 6.1. lit. a) SWZ, który jest w tym zakresie niekompletny.

Przy czym gdyby Konsorcjum Pekum zdecydowało się na złożenie tych dokumentów odrębnie dla każdej części zamówienia, a także gdyby uznać, że złożony wraz z ofertą dokumenty dotyczy dwóch pierwszych części, różnica sprowadzałaby się do tego, że dla części trzeciej wystąpiłby stan niezłożenia dokumentu, o którym mowa w pkt 6.1. lit. a) SWZ.

Niesporne było w sprawie, że gdyby oferta Konsorcjum Pekum nie została odrzucona, byłaby ofertą najwyżej ocenioną według kryteriów oceny ofert również w części trzeciej tego zamówienia.

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp.

Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta

należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia

indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (accidentalia negotii).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp [przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popz] – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych.

W szczególności stosownie do art. 105 ust. 1 pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Z kolei według art. 106 ust. 1 zd. 1 pzp zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

Reasumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty odnośnie przedmiotu świadczenia, jest konieczność odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oferty jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury uzupełniania z art. 107 ust. 2 pzp, jeżeli zamawiający przewidział to w dokumentach zamówienia. Niezależenie od tego zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 pzp może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych.

Omówione powyżej przepisy właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej

dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu namówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [patrz uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Temu

celowi służą instytucje prawne, zarówno poprawianie czy wyjaśnienie oferty oraz uzupełnienie lub wyjaśnienie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, jak i stosowanie reguł wykładni oświadczeń woli, które mają charakter obligatoryjny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechanie podjęcia takich czynności należy uznać za działanie nie tylko sprzeczne z przepisami prawa, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

W okolicznościach tej sprawy oznacza to, że choć Odwołujący nie dołożył należytej staranności przy sporządzaniu oferty, co jednak nie spowodowało, że z kolei przy dołożeniu należytej staranności przez Zamawiającego przy badaniu tej oferty nie mógł i nie powinien odczytać jej treść w sposób, który zrekonstruowano w ramach poczynionych powyżej ustaleń. Gdyby Zamawiający nie zaniechał ustalenia treści oferty na podstawie całokształtu informacji zawartych w złożonych dokumentach, nie miałby wątpliwości, że jego obowiązkiem jest wezwanie Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego jako niekompletnego w stosunku do treści oświadczenia woli wynikającego ze złożonej oferty.

{KIO 305/23}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie jako „Gwarant" w wystawionej 28 listopada 2022 r., w związku ze złożeniem przez Foxan sp. z o.o. z siedzibą w Smolajnach jako „Wykonawcę" oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia [którego nazwę oraz oznaczenie dokładnie podano], w „Wadium (Gwarancja ubezpieczeniowa)" nr 280000198566 zobowiązało się względem Zamawiającego [którego dokładną firmę i adres dokładanie podano], że wypłaci mu kwotę wadium [właściwą kwotę podano liczbowo i słownie], bezwarunkowo i nieodwołalnie, po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Przy czym Gwarant, określając okres ważności tej gwarancji jako pokrywający się z okresem związania oferty, zastrzegł jednocześnie, że wszelkie roszczenia powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji.

Na podstawie treści powyższej gwarancji ani nie sposób stwierdzić, że ujawnia ona Zamawiającemu jako uprawnionemu wolę Gwaranta objęcia zaciągniętym zobowiązaniem zabezpieczenia oferty złożonej wspólnie przez Foxan i DMPRI F. W.

Nic nie wnosi w tym zakresie ani złożone wraz z ofertą pełnomocnictwa konsorcjalne ani złożony na rozprawie wypełniony „Wniosek o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową".

Z datowanego na 23 listopada 2022 r. pełnomocnictwa wynika jedynie umocowanie Foxanu do „wniesienia wymaganego przez zamawiającego wadium", co w oczywisty sposób nie odnosi się do tego, czy korzystając z tego uprawnienia Foxan dopilnował, aby treść gwarancji była prawidłowa. Jednocześnie oczywiste jest, że takie postanowienie umowne nie stało na przeszkodzie, a chronologia zdarzeń wręcz sprzyjała temu, aby wskazać w komparycji gwarancji jako wykonawców składających ofertę Konsorcjum Foxan.

Abstrahując od braku możliwości stwierdzenia, czy złożony na rozprawie w postaci wydruku wniosek był podstawą wydania tej konkretnej gwarancji, co prawda ujawnia on zamiar Foxanu realizacji umowy w sprawie tego zamówienia wspólnie z DMPRI F. W., ale nie zawiera żadnych innych danych, które pozwalałyby Gwarantowi zbadać kondycję tego podmiotu. Tymczasem działając według wzoru wniosku Foxan musiał podać szczegółowe dane dotyczące wielu aspektów działalności gospodarczej, w tym m.in. odnośnie:

dotychczas zrealizowanych kontraktów, kontraktów w realizacji, ewentualnych roszczeń wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania tych umów, udzielonych poręczeń, zaciągniętych kredytach, transakcjach na rynku instrumentów terminowych i pochodnych, obciążeniach majątkowych, zawartych umowach leasingu, struktury należności z tytułu dostaw i usług w określonych przedziałach czasowych.

Reasumując, z powyższego dokumentu wynika jednoznacznie, że gwarancja została wystawiona w związku ze złożeniem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty samodzielnie przez Foxan. Jednocześnie Przystępujący nie wykazał, aby okoliczności towarzyszące wystawieniu gwarancji pozwalały na interpretację, że przez „Wykonawcę" należy rozumieć konsorcjum, w którego skład wchodzi Foxan i DMPRI F. W., które faktycznie złożyło ofertę w tym postępowaniu

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, m.in. jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy. Odpowiednikiem tego przepisu w poprzednim stanie prawnym był art. art. 24 ust. 2 pkt 2 popzp, który nakazywał wykluczenie z postępowania wykonawców, który nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Przy czym nie budziło wątpliwości, że za brak wadium wypełniający tak określoną przesłankę wykluczenia 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.

W realiach niniejszej sprawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która oczywiście jest jedną form wniesienia wadium dopuszczoną przepisami ustawy. 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 Foxan 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 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 popzp [obecnie art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy pzp].

Już tylko z tej przyczyny stanowisko, że zabezpieczenie interesów zamawiającego wyłącznie w kontekście działań Foxanu jako lidera Konsorcjum Foxan i tych zależnych od niego jest wystarczające dla spełnienia przesłanki skuteczności gwarancji wadialnej, nie znajduje swojego uzasadnienia. Tym bardziej, że SWZ przewiduje kategorie oświadczeń lub dokumentów dotyczących DMPRI F. W. jak partnera tego konsorcjum, które musiałby być podpisane lub złożone (lub poświadczone za zgodność z oryginałem) także przez ten podmiot i nie mogło zostać to konwalidowane samodzielnie przez Foxan jako lidera. To z kolei mogło doprowadzić do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 pzp. Tym samym zabezpieczenie wyłącznie przed konsekwencjami działań lub zaniechań lidera konsorcjum nie mogło w pełni zabezpieczać interesów Zamawiającego.

Przechodząc do dalszych rozważań, przypomnieć należy, że o przesłankach realizacji gwarancji decyduje – jak to Sąd Najwyższy wyjaśnił i podkreślał – treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta etc.) 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 popzp, 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 popzp).

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 Foxan 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. 97 ust. 7 pkt 2-4 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 dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien 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 art. 97 ust. 7 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. 97 ust. 7 pkt 2-4 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. 58 pzp), możliwość zaspokojenia interesów Zamawiającego, tj. uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musiało obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania „Wykonawcy", rozumianego w tym przypadku jako dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, ewentualnie w treści gwarancji ubezpieczeniowej wyraźnie lub choćby w wystarczającym stopniu zrównane musiały zostać pojęcia „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy" oraz „ z przyczyn, za które Wykonawca odpowiada".

W pierwszej kolejności Izba odniosła się jednak do kwestii solidarności zobowiązania współkonsorcjantów względem zamawiającego, przyjmując za Sądem Najwyższym, że zobowiązanie to ma taki właśnie, tj. solidarny charakter. Według Zamawiającego powodować to ma niejako automatyzm w przyjęciu, że skoro podmioty odpowiadają za wykonanie bądź

niewykonanie zobowiązania solidarnie, a odpowiedzialność zleceniodawców (lidera i pierwszego partnera konsorcjum) ujawnionych w treści gwarancji względem Zamawiającego nieodłącznie wiąże się także z odpowiedzialnością za działania trzeciego członka (drugiego partnera) Konsorcjum, winno mieć to odzwierciedlenie w ocenie skuteczności udzielonej przez gwaranta gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Zdaniem składu orzekającego Izby 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. 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 tych instytucji prawnych.

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 „Wykonawcy", i leżące po „jego" stronie (nie „podmiotów powiązanych" czy „innych 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 Zobowiązanego". 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 Zobowiązanego". Wyłącznie zatem od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie, że obejmowała także przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie „jest odpowiedzialny".

Podkreślić należy, że ewentualne przyjęcie o objęciu gwarancją także i „przyczyn, za które Wykonawca odpowiada" 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 składu orzekającego 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. 97 ust. 7 pkt 2-4pzp 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. 97 ust. 7 pkt 2-4 pzp dotyczyć będą „Wykonawcy" rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę, bądź, że dotyczy warunków aktualizujących odpowiedzialność gwaranta rozumianych szerzej aniżeli „leżących po stronie wykonawcy".

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, a także inne przesłanki aktualizujące jego odpowiedzialność niż wprost określone „przyczyny leżące po stronie Wykonawcy" 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.

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 skład orzekający Izby nie mógł podzielić stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że powyższa gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na jednego z członków Konsorcjum Foxan 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 {wydanego, co istotne, po przywoływanym przez Przystępującego wyroku Sądu Najwyższego}, 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 składu orzekającego Izby konieczne było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 58 ust. 1 w związku z ust. 5 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 składu orzekającego 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 wykluczenia Konsorcjum z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

{KIO 242/23, KIO 305/23}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów objętych zarzutami odwołań miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 1. sentencji.

Ponieważ Zamawiający w całości przegrał obie sprawy, stosownie do takiego wyniku powinien w całości ponieść koszty, na które złożył się uiszczony przez Odwołujących wpis oraz wynagrodzenie pełnomocników Odwołujących, stąd na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia

orzeczono, jak w pkt 3. i 4. sentencji.

Ponadto na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 powyższego rozporządzenia w sprawie sygn. akt KIO 242/23 zasądzono wnioskowane przez pełnomocnika Odwołującego koszty dojazdu, z ograniczeniem ich wysokości do odpowiadającej wyliczeniu załączonemu do złożonej faktury VAT, czyli wg tzw. kilometrówki. Jednocześnie Izba nie uznała za uzasadnione zasądzanie kosztów wynikłych z wyjazdu pełnomocnika na termin posiedzenia, który został zniesiony, o czym przy dołożeniu należytej staranności mógł powziąć wiedzę, podobnie jak doliczanie kwoty VAT do kosztów przejazdu.