

Sygn. akt: KIO 2052/17

Sygn. akt: KIO 2076/17

WYROK
z dnia 12 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2017 roku w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 29 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) CDM Smith Sp. z o.o., (2) Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa**

B. w dniu 2 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Ove Arup & Partners International Limited, (2) Certus Via Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Fitzroy Street 13, W1T 4BQ Londyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów**

przy udziale:

A. wykonawcy **IMA S.A., ul. Kolisty 25, 40-486 Katowice** zgłaszającego

KIO 2052/17 po stronie przystąpienie do

postępowania odwoławczego o sygn. akt: zamawiającego,

B. wykonawcy **Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2076/17 po stronie zamawiającego,

1

orzeka

1. oddala oba odwołania

30 000,00 (trzydzieści 2. zalicza w poczet kosztów

postępowania kwotę tysięcy)

złoty uiszczonych po 15 000,00 złotych przez każdego z odwołujących tytułem wpisu od odwołania

3. zasądza od odwołującego konsorcjum: **CDM Smith Sp. z o.o., (2) Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH, Al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa** oraz od konsorcjum: **(1) Ove Arup & Partners International Limited, (2) Certus Via Sp. z o.o., Fitzroy Street 13, W1T 4BQ Londyn** na rzecz zamawiającego kwotę po 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych (łącznie 7 200,00 zł) tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

Sygn. akt KIO 2052/17
Sygn. akt KIO 2076/17

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów, dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie koncepcji programowej z pełnym rozpoznaniem geologicznym budowy drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł „Babica” (bez węzła) - Barwinek (Granica Państwa) wraz z infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi z podziałem na zadania:*

Zadanie 1: *Węzeł „Babica” (bez węzła) - Węzeł Domaradz (z węzłem), dł. ok. 23,45 km (km ok.:21+650 - 45+100)*

Zadanie 2: *Węzeł „Domaradz” (bez węzła) - Węzeł „Miejsce Piastowe (z węzłem) dł. ok. 22,70km (km ok.: 45+100 - 67+800)*

Zadanie 3: *Węzeł „Miejsce Piastowe” (bez węzła) — Węzeł „Dukła (z węzłem) dł. ok. 10.40km (km ok.: 67+800- 78+200)*

Zadanie 4: *Węzeł „Dukła” (bez węzła) - Barwinek (Granica Państwa) dł. ok. 18,335km (km ok. 78+200 - 96+535)”*

W dniu 20 września 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawców o ocenie ofert i odrzuceniu oferty złożonej przez 1) CDM Smith Sp. z o.o., (2) Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa (odwołanie o sygn. akt KIO 2052/17) oraz oferty Ove Arup & Partners International Limited, (2) Certus Via Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Fitzroy Street 13, W1T 4BQ Londyn(odwołanie o sygn. KIO 2076/17).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 kwietnia 2017 r. (pod nrem 2017/S 079-152563). Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający podzielił zamówienie na cztery Zadania, odpowiadające określonym odcinkom projektowanej drogi ekspresowej S19.

W odniesieniu do każdego z Zadań Zamawiający sformułował w pkt. 16.1 Instrukcji dla Wykonawców odrębne żądanie związane z obowiązkiem wniesienia wadium, odpowiednio: 140 000,000 PLN (dla Zadania 1), 97 000,00 PLN (dla Zadania 2), 38 000,00 PLN (dla Zadania 3) oraz 78 000,00 PLN (dla Zadania 4).

Zamawiający dokonał odrzucenia ofert obu Odwołujących z tego powodu, że wykonawcy działając w ramach konsorcjum w treści gwarancji wadialnej wskazali tylko jednego wykonawcę, a to powodowało zdaniem Zamawiającego wadliwość wniesionego

wadium i tym samym w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp, dokonał odrzucenia obu ofert.

W zakresie odwołania CDM Smith Sp. z o.o., (2) Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH, Al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa sygn.. KIO 2052/17

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłowe badanie i ocenę oferty złożonej przez Odwołującego oraz niezasadnym odrzuceniem jego oferty

Wobec powyższego zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przepis odnoszący się do sytuacji, w której wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, podczas gdy Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowych odpowiadających przepisom! prawa, wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej oraz zapewniającej spełnienie funkcji gwarancyjnej oferty złożonej przez Konsorcjum;

2. art. 65 § 1 i 2 w zw. z art. 366 § 1, 370 oraz 379 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez ich niezastosowanie i, w konsekwencji, wadliwe przyjęcie, że gwarancje wadialne

wystawione na, wniosek lidera Konsorcjum nie zabezpieczają w pełni interesów Zamawiającego, podczas gdy okoliczności sprawy, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje wskazują, że interesy te pozostają w pełni zabezpieczone, w szczególności poprzez powstanie solidarnej odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia;

3. art. 7 ust. 1 Pzp (w związku z powyższymi naruszeniami) poprzez

Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej przeprowadzenie konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości

Podnosząc powyższe wniosł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że na kilka tygodni przed złożeniem oferty (1 czerwca 2017 r.) doszło do zawarcia pomiędzy CDM Smith Sp. z o.o. a Schüller-Plan Ingenieurgesellschaft mbH umowy konsorcjum. W treści Umowy Konsorcjum strony zgodnie ustaliły, że będą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania, a podmiot CDM Smith Sp. z o.o. zostanie liderem Smith nowoutworzonego Konsorcjum.

W kwestii wadium ustalono, że:

(a) pozyskanie wadium w postaci gwarancji bankowej obciąża CDM Smith Sp. z o.o. (§11 ust. 1);

4

(b) koszt wniesienia wadium obciąża CDM Smith Sp. z o.o. (§ 5 ust. 4);

c) udzielone CDM Smith Sp. z o.o. pełnomocnictwo upoważnia do zaciągnięcia zobowiązania związanego z wystawieniem gwarancji wadialnej w imieniu Konsorcjum (§ 7)

Odwołujący złożył oferty na wszystkie cztery Zadania. Do każdej z ofert załączył wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna. Przedłożone gwarancje spełniały, według Odwołującego wszystkie sformułowane przez Zamawiającego wymagania.

Wskazał, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Konsorcjum stwierdził m.in.: *„nie zapewnia ona [gwarancja - przyp. autor] skutecznej funkcji gwarancyjnej (...), co oznacza brak zabezpieczenia tej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia* Dodatkowo Zamawiający powołał się na niesprecyzowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzając, że *„złożenie gwarancji bankowej wystawionej na jednego członka konsorcjum prowadzioby do obejścia regulacji szczególnej ustawy Prawo bankowe, w szczególności abstrakcyjnego charakteru gwarancji bankowej i narażaoby zamawiającego na niczym nieuzasadnione ryzyko braku możliwości zatrzymania wadium w przypadku działań czy zaniechań ze strony członków konsorcjum nieobjętych treścią gwarancji bankowej*”. Analogiczne uzasadnienie (zarówno co do podstawy prawnej, jak i faktycznej) przedstawione zostało w odniesieniu do wszystkich czterech Zadań.

Podał, że stanowisko Zamawiającego skutkujące odrzuceniem oferty złożonej przez Konsorcjum niesłusznie pozbawia Konsorcjum możliwości ubiegania się o zamówienie. Gwarancja wadialna przedłożona wraz z ofertą Konsorcjum spełnia wszystkie wymogi narzucone przez Zamawiającego oraz wynikające z przepisów prawa. Za brakiem podstaw do odrzucenia oferty przemawiają również prawne i faktyczne konsekwencje wynikające z instytucji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem Zamawiający zaniechał dokonania wykładni gwarancji przedstawionej przez Odwołującego, co doprowadziło go do błędnego przekonania o wadliwości tego dokumentu

Wskazał na szereg orzeczeń sądów okręgowych, w których wskazane jest stanowisko, iż niezależnie od regulacji odnoszących się do gwarancji bankowej stanowiącej wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustanowionych przez przepisy Pzp, Kc czy Pb, żadne z nich nie formułują jakichkolwiek wymogów odnoszących się do gwarancji składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że doszukiwanie się wadliwości gwarancji wadialnej złożonej przez Konsorcjum w Postępowaniu w przepisach prawa powszechnie obowiązującego odnoszących się do wadium jest niczym nieuzasadnione. Nadto podniósł, że jeżeli Zamawiający oczekiwał, aby wystawiony dokument gwarancji wadialnej opiewał na członków konsorcjum, a nie na jednego wykonawcę to nic nie stało na przeszkodzie, aby

5

zamawiający formułował dodatkowe obostrzenia dla tego typu zabezpieczeń wnoszonego wadium.

Natomiast w tym postępowaniu już sama analiza IDW prowadzi do wniosku, iż w dokumentacji regulującej ubieganie się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania Zamawiający nie sformułował jakichkolwiek wymogów związanych z wnoszeniem wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Podkreślił, że za szczególnie istotne w kontekście przedmiotowych rozważań uznać należy regulacje Pzp odnoszące się do kwestii wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i wynikające z nich konsekwencje. Uprawnienie do ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców wynika wprost z art. 23 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców. Jak wskazuje Sąd Okręgowy w Warszawie w cytowanym już wyroku z dnia 14 października 2015 r., z tego przepisu wyprowadzić należy wniosek, zgodnie z którym art. 23 ust. 3 PZP statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (również w kwestii wnoszenia wadium), w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Jest to tym bardziej uzasadnione, że regulacje Pzp nie przewiduje „wykonawcy wielopodmiotowego”, lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11 Pzp), co oznaczają, że uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie podmioty tworzące konsorcjum, do których stosuje się normy te same, które znajdują zastosowanie względem samodzielnego wykonawcy. Jak stwierdza Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 października 2013 r. *To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego*”.

Powyższa regulacja oznacza, iż wszystkie działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają skutki prawne względem wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń. Podkreślił, że ubieganie się o zamówienie wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 Kc, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności. Niezależnie jednak od powstania pomiędzy wykonawcami odpowiedzialności solidarnej z mocy prawa, warto zauważyć, że jej powstanie usankcjonowane jest również wolą i zamierzeniem stron kształtujących wiążącą je czynność prawną. Jak podnosi się w doktrynie, wnosząc wadium, wykonawcy wiedzą bowiem, jaki jest jego cel i godzą się (w drodze porozumienia) na ryzyko jego utraty w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z nich. Wadium dotyczy bowiem oferty wniesionej przez nich wszystkich wspólnie, nie zaś jakichś wycinkowych zobowiązań poszczególnych wykonawców. Jeżeli wadium w imieniu wszystkich konsorcjantów wnosi wyłącznie jeden z nich, to również - w

6

wyniku porozumienia z pozostałymi - przyjmuje on ryzyko utraty wadium w sytuacji, gdy bezpośrednią winę za tę okoliczność poniesie inny konsorcjant. Dowodem, że do takiego porozumienia doszło, jest właśnie fakt, iż konkretne zabezpieczenie zostało przez danego konsorcjanta złożone jako wadium w odniesieniu do określonej oferty wspólnej. Podał, że wśród komentatorów spotkać można głosy, iż już samo wspólne złożenie oferty decyduje o powstaniu pomiędzy wykonawcami solidarnej odpowiedzialności. Podkreślił, że na uwagę zasługuje, że wykonawcy CDM Smith Sp. z o.o. oraz SchuRler-Plan Ingenieurgesellschaft mbH związali się umową Konsorcjum jeszcze przed złożeniem oferty w Postępowaniu. Tym samym ustanowiona została pomiędzy nimi solidarna odpowiedzialność: Lider Konsorcjum - CDM Smith Sp. z o.o - zobowiązany został do uzyskania oraz wniesienia wadium.

Wskazał, że w świetle aktualnego orzecznictwa KIO oraz sądów powszechnych zdaje się nie budzić wątpliwości kwestia, że dokument stanowiący wadium podlega wykładni właściwej oświadczeniu woli. Oznacza to, że oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tylko w ten sposób bowiem zamawiający dochowuje zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykładnia gwarancji bankowych złożonych przez Odwołującego w postępowaniu skłania do jednoznacznego wniosku, że intencją było zabezpieczenie interesu Zamawiającego bez względu na to, czy po stronie wykonawcy wystąpi jeden czy wielość podmiotów. Ponownego podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie wskazał dodatkowych wymogów, którym sprostać miałaby gwarancja składana przez

wykonawców wspólnie ubiegających, się o udzielenie, zamówienia (na przykład poprzez zawarcie jednoznacznego obowiązku wskazania w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

Podał także, że nie należy zapominać również, że zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobligowani są do ustanowienia pełnomocnika. W praktyce więc to pełnomocnik jest adresatem wszelkich wezwań czy żądań instytucji zamawiającej. W przypadku wystąpienia jakiegokolwiek przesłanki zatrzymania wadium nie tylko bank, ale nawet zamawiający nie byłby w stanie, ustalić, który z wykonawców w praktyce spowodował konieczność zatrzymania wadium. Z punktu widzenia tych podmiotów będzie nim lider (pełnomocnik), co w żadnym wypadku nie zwalnia jednak gwaranta z obowiązku zapłaty sumy gwarancyjnej.

Reasumując swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie podał, że wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej na jednego z konsorcjantów w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego. Takie stanowisko, bazujące na przywołanej powyżej argumentacji, było wielokrotnie prezentowane zarówno przez Izbę, sądy powszechne jak i przedstawiciele

7

doktryny. Przywoływanie choćby części tych wielokrotnie powtarzających się stanowisk w treści niniejszego odwołania zagroziłoby jego zwięzłości i skondensowanej formie.

W zakresie odwołania Schüßler-Plan Ingenieurgesellschaft GmbH, Al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa syg. Akt KIO 2076/17.

Odwołujący wykonawca zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań, polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego w w/w Postępowaniu wobec rzekomego nie wniesienia lub nieprawidłowego wniesienia wadium (art. 89 ust. 1 punkt 7b ustawy Pzp), pomimo wniesienia przez Odwołującego wadium (w formie gwarancji bankowej) zgodnej tak co do formy, jak i treści z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) i w konsekwencji w pełni spełniającej swą gwarancyjną funkcję i zabezpieczającej interesy Zamawiającego w toku Postępowania;

2. zaniechaniu dokonania merytorycznej oceny oferty Odwołującego wobec jej uprzedniego odrzucenia w sposób niezgodny z przepisami ustawy oraz SIWZ.

Podnosząc powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 punkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 6 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 i ust. 3 - poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że gwarancja bankowa nr TEB 2163/17 z dnia 06.07.2017 r. (gwarancja wadialna) wystawiona przez HSBC Bank Polska S. A. na rzecz Lidera Konsorcjum bez jednoczesnego wymienienia w jej treści Partnera Konsorcjum rzekomo nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej oferty złożonej przez Odwołującego, podczas gdy z żadnego przepisu prawa nie wynika obowiązek wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia;

2. art. 65 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 punkt 8 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z punktem 14.4, punktem 16.1, punktem 16.2 oraz punktem 16.3 i punktem 16.6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Tom I - Instrukcja Dla Wykonawców) - poprzez ich błędną wykładnię polegającą przyjęciu, że gwarancja wadialna - niezgodnie z naczelną zasadą równego udziału wykonawców w postępowaniu - winna wymieniać w swej treści wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o realizację zamówienia, podczas gdy z żadnego zapisu SIWZ ujawnionego w niniejszym Postępowaniu nie wynika obowiązek wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o realizację zamówienia;

1. art. 370 KC w zw. z art. 44 KC w zw. z art. 70 § 3 KC w zw. z art. 70 § 3 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ich niezastosowanie i usunięcie z pola widzenia faktu, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

8

zamówienia publicznego w toku Postępowania odpowiadają solidarnie za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i w konsekwencji błędne przyjęcie, że realizacja uprawnień Zamawiającego z gwarancji wadialnej, w której treści wskazano wyłącznie Lidera

Konsorcjum rzekomo nie realizuje swej funkcji gwarancyjnej i nie zabezpiecza interesu Zamawiającego w Postępowaniu pomimo istnienia odpowiedzialności solidarnej wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia;

2. art. 380 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i usunięcia z pola widzenia faktu, że - bez względu na zarzut wskazany w punkcie 3 powyżej - świadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu ma charakter niepodzielny i w związku z tym odpowiadają oni za swoje zobowiązania w toku Postępowania tak jak dłużnicy solidarni;

3. art. 81 ust 1 ustawy Prawo bankowe poprzez błędne przyjęcie jakoby - bez względu na zarzuty podniesione w punktach 1-4 powyżej - w sytuacji dostarczenia przez Odwołującego gwarancji wadialnej opatrzonej klauzulami „nieodwołalna”, „bezwarunkowa” i „na pierwsze żądanie” Zamawiającego, wystawienie gwarancji bankowej tylko na rzecz Lidera Konsorcjum stanowiło obejście przepisów prawa w kontekście oświadczenia beneficjenta a HSBC Bank Polska S. A. mógłby mieć prawo do powoływania się na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego lub jakiegokolwiek inne okoliczności niż dokument gwarancji potwierdzający abstrakcyjny i samodzielny charakter zobowiązania gwaranta, co łącznie skutkowało błędnym przyjęciem, że dokument gwarancji wadialnej rzekomo nie został wystawiony na rzecz podmiotu składającego ofertę, nie spełnia swej funkcji gwarancyjnej, nie zabezpiecza interesu Zamawiającego na całym etapie Postępowania.

Argumentując zasadność podnoszonych zarzutów podał, że Ove Arup & Partners International Limited działający w Rzeczypospolitej Polskiej za pośrednictwem oddziału Ove Arup & Partners International Limited Ltd Sp. z o. o. Oddział w Polsce oraz Certus Via Sp. z o. o. zawiązali Konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Liderem Konsorcjum ustanowiono firmę Ove Arup & Partners International Limited. Zamawiający nie żądał przedstawienia umowy Konsorcjum w Postępowaniu.

W konsekwencji zawarcia umowy konsorcjum, dnia 06.07.2017 r. Lider Konsorcjum oraz Partner Konsorcjum działając zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp ustanowili solidarnie, łącznie, niepodzielnie i nieodwołalnie swoim pełnomocnikiem Pana M. S. (Dyrektora Lidera Konsorcjum).

Nie budzi wątpliwości, że pełnomocnik był umocowany do złożenia i podpisania oferty w niniejszym Postępowaniu, w tym do pozyskania wszelkich dokumentów w imieniu obu wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Nie budzi żadnych wątpliwości, że w zakresie upoważnienia Pana M. S. mieści się także zapewnienie i wniesienie wadium w imieniu obu wykonawców (także w formie gwarancji wadialnej) celem

9

zabezpieczenia ich wspólnej oferty, bowiem jest jedną z czynności przewidzianych przepisami prawa w związku z postępowaniem.

Dnia 07.07.2017 r. pełnomocnik podpisał i złożył ofertę w imieniu obu wykonawców. Elementem oferty było wadium wniesione w formie gwarancji bankowej nr TEB 2163/17 na kwotę 140,000,00 zł (wymóg kwotowy określono w punkcie 16.2 Tom I Instrukcja Dla Wykonawców SIWZ) wystawionej na rzecz Lidera Konsorcjum przez HSBC Bank Polska S.A. w tej samej dacie, w jakiej udzielono pełnomocnictwa dla pełnomocnika Odwołującego tj. dnia 06.07.2017 r. Ustanowienie wadium w formie gwarancji bankowej jest zgodne z art. 45 ust. 6 punkt 3 ustawy Pzp i punktem 16.3 Tom I Instrukcja Dla Wykonawców SIWZ. Datę wejścia w życie gwarancji określono na dzień 07.07.2017 roku.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący wskazał na szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych podkreślając, że „*Jak się wydaje, przeważająca jest linia, że wadium w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wniesione przez jednego z uczestników oferty wspólnej i niewskazujące w swojej treści pozostałych uczestników tej oferty, jest prawidłowe*” [Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz J. Pirog, wyd. 14, Warszawa C.H. Beck - komentarz do art. 23 ustawy Pzp, źródło Legalis .

Podkreślił, że żaden przepis prawa ani żaden punkt postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu nie ustanawiał obowiązku wymienienia wszystkich członków konsorcjum w treści dokumentu gwarancji wadialnej. Skoro ustawodawca dopuszczał możliwość złożenia oferty łącznej przez więcej niż jednego wykonawcę nie ustanawiając dodatkowych wymogów co do wadium, to jedynie Zamawiający mógłby te warunki zmienić, a tego nie uczynił. W Tomie I punkt 16 Instrukcja Dla Wykonawców SIWZ nie ma ani jednego warunku, który wprowadzałby dla wykonawców ubiegających się wspólnie o realizację zamówienia obowiązek wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum. W treści gwarancji

wskazano wprost, że: „Wszelkie sformułowania niniejszej Gwarancji należy interpretować zgodnie z Ustawą” (str. 2 gwarancji *in fine*). Definicja „Ustawy” odnosi się do ustawy Pzp (co wynika z pierwszego zdania punkt 1 w/w gwarancji). Nie budzi wątpliwości, że ustawa Pzp zezwala każdemu wykonawcy (w rozumieniu art. 2 ust. 11 ustawy Pzp) na złożenie oferty samodzielnie lub wspólnie z innym wykonawcą (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp). Treść dokumentu gwarancji nie ogranicza definicji „Wykonawcy” tylko do sytuacji, w których ów „Wykonawca” składa ofertę samodzielnie *ergo* sytuacja zastana w niniejszym Postępowaniu jako zgodna z ustawą Pzp jest nią objęta. Konsorcjum wykonawców nie jest podmiotem składającym ofertę (wykonawcą) w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Jest to nienazwana umowa określająca zasady współpracy pomiędzy wykonawcami pozostająca poza kontrolą Zamawiającego, do której stosuje się zasadę swobody umów. Ofertę składają więc wykonawcy - w tym Ove Arup wymieniony w dokumencie gwarancji. Zgodnie z regulacją określoną w art. 23 ust. 3 ustawy Pzp: „Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których

10

mowa w ust. 1”. Powyższe twierdzenie znajduje odzwierciedlenie w wyroku SN z dnia 13.10.2011 r. V CSK 475/10, LEX 1108492: „*To nie wspólnik (konsorcjami, lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*”. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów

wobec Zamawiającego i niepodzielności świadczenia na etapie Postępowania podał, że niezależnie od łącznego charakteru konsorcjum, co już samo w sobie skutkuje brakiem prawnej możliwości wystąpienia sytuacji, w której Ove Arup mógłby nie ponosić odpowiedzialności za uchybienia na etapie przetargu lub za niepodpisanie umowy, należało podkreślić, że konsorcjanci podnoszą także odpowiedzialność solidarną. Odpowiedzialność solidarną za nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy konsorcjanci ponoszą wprost na podstawie art. 141 ustawy Pzp. Jako że ustawa Pzp nie wskazuje na solidarną odpowiedzialność konsorcjantów na etapie postępowania źródeł jej powstania - zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 369 KC - należy szukać w czynności prawnej lub innym akcie rangi ustawowej. W judykaturze wielokrotnie podkreślano, że na etapie postępowania przetargowego wykonawcy wspólnie ubiegający się o realizację zamówienia ponoszą odpowiedzialność solidarną wobec Zamawiającego na zasadzie art. 370 kc w zw. z art. 44 kc. Konsorcjantom przysługują wspólne prawa majątkowe, które stanowią ich mienie. Argumentacja prawna dotycząca odpowiedzialności solidarnej oraz kwestii niepodzielności świadczenia konsorcjantów w pełni potwierdza i uzasadnia twierdzenie, że w przedmiotowym stanie faktycznym Ove Arup oraz Certus Via odpowiadają na etapie

z nich w zakresie okoliczności przetargu solidarnie i uchybienie

któregokolwiek

przewidzianych w treści gwarancji wadialnej uprawnia Zamawiającego do jej zrealizowania na poczet kwoty wadium, chociażby gwarancja ta była wystawiona tylko na rzecz Lidera Konsorcjum.

Odnosząc się do braku możliwości uchylenia się przez gwaranta od realizacji obowiązku wypłaty wadium podał, że gwarancja bankowa z dnia 06.07.2017 r. nr TEB 2163/17 wystawiona na rzecz Lidera Konsorcjum jest bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądania Beneficjenta (Zamawiającego) w sytuacjach w niej określonych. Została wystawiona na kwotę 140.000,00 zł zgodną z SIWZ. Gwarancja odpowiada przepisom ustawy Pzp, wymogom SIWZ oraz jest zgodna z art. 81 ustawy Prawo bankowe i ponad wszelką wątpliwość złożenie w przetargu takiej gwarancji wystawionej na rzecz Lidera Konsorcjum nie stanowi „obejścia” Prawa bankowego.

Co do rzekomego braku funkcji gwarancyjnej takiego dokumentu i ryzyka braku zabezpieczenia Zamawiający nie ma racji. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów mającej moc zasady prawnej z dnia 16.04.1993 r. (sygn.. akt III CZP 16/93): „*Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami ”nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz ”na*

11

pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona”. Powyższe znajduje także potwierdzenie w uchwale całej izby Sądu Najwyższego z dnia 28.04.1995 r. (sygn. akt III CZP 166/94), w

której Sąd Najwyższy postanowił nie odstępować od zasady prawnej cytowanej powyżej. W tym miejscu warto podkreślić fragment uzasadnienia tejże uchwały:

- *gwarant jest zobowiązany do wyrównania beneficjentowi gwarancji szkody, jaką poniesie na skutek niespełnienia świadczenia oznaczonego w gwarancji, a zatem odpowiada on - odmiennie niż przy udzieleniu poręczenia - za uzyskanie zagwarantowanego, a nie za dłużnika ze stosunku podstawowego;*

- *gwarancja ma charakter samodzielny i nieakcesoryjny. toteż gwarant nie może skutecznie podnosić przeciwko beneficjentowi zarzutów przysługujących dłużnikowi ze stosunku podstawowego, a między innymi zarzutu, że umowa główna nie doszła do skutku albo została unieważniona;*

- *umieszczenie w umowie gwarancji klauzuli "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" - stosowane powszechnie w praktyce międzynarodowego obrotu handlowego - stanowi zaostrenie odpowiedzialności gwaranta, wyłącza bowiem uzależnienie realizacji gwarancji od jakiegokolwiek warunku i oznacza, że obowiązujący gwaranta obowiązek świadczenia powstaje już z chwilą zawiadomienia go o niedokonaniu zapłaty przez dłużnika".*

Podniósł, iż w jego ocenie nie ma racji Zamawiający twierdząc, że wniesiona przez Odwołującego gwarancja w jakikolwiek sposób mogłaby rodzić ryzyko uchylecia się przez gwaranta od realizacji obowiązku wypłaty kwoty wadium. Wobec nie budzącego wątpliwości faktu, że Ove Arup złożyło w niniejszym Postępowaniu ofertę i jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp HSBC Bank Polska S. A. nie miałby prawa powoływać się na jakiegokolwiek zarzuty wynikające z przebiegu Postępowania. Jego zobowiązanie ma charakter całkowicie abstrakcyjny i nieakcesoryjny, co stanowi dodatkowo o zaostreniu odpowiedzialności gwaranta względem beneficjenta.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na oba odwołania o treści niemalże identycznej co do meritum sprawy, wniósł o oddalenie obu odwołań. Podał, że w złożonych gwarancjach bankowych przez obu Odwołujących brak jakiegokolwiek nawiązania do drugiego z członków konsorcjum — choćby poprzez wskazanie, że takowy istnieje i gwarant ma o nim wiedzę.

Wraz z ofertą nie zostały Zamawiającemu złożone umowy konsorcjalne z czego można wnioskować, że zostały spisane tylko na użytek niniejszego postępowania — gdyby było inaczej, jej treść, zostałaby powielona w gwarancji bankowej. Podkreślił, że na obecnym etapie odwoływanie się do umowy konsorcjum — dokumentu nieznanego Zamawiającemu w

12

dacie składania ofert, a także zapewne bankowi w dacie wstawiania gwarancji wadialnej — jest bez znaczenia w sprawie. Oczywistym jest także, iż odmienne są warunki udzielenia gwarancji dla jednego podmiotu, a inne w sytuacji, gdy gwarant zobowiązuje się przejąć odpowiedzialność za działania dodatkowego podmiotu — nawet w ramach tego samego kontraktu. Inny jest przede wszystkim koszt takiej gwarancji, która zabezpiecza wiele podmiotów, możliwość jej uzyskania, a także zakres oceny zdolności kredytowej podmiotów wchodzących w skład konsorcjum. Podał, że gwarancja należy bowiem do czynności abstrakcyjnych - a zatem istotne jest to, co zostało wskazane w jej treści - to bowiem wiąże gwaranta - a nie causa tej czynności i to jeszcze wywiedziona pośrednio ze stosunków pomiędzy konsorcjantami, wynikających z nieznannej gwarantowi treści umowy konsorcjum. Dlatego też umowę konsorcjalną należy traktować jako dokument przedłożony Zamawiającemu po terminie składania ofert, będącego jednocześnie terminem, do którego należało wnieść wadium (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp), który nie może uzupełnić ani korygować wniesionego wadium, a więc również zmieniać treści gwarancji wadialnej.

Wszelkie tego typu oświadczenia czy dokumenty są bowiem nieskuteczne (za wyjątkiem wyraźnie dopuszczonych w przepisach, jak np. przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium). Wynika to z ww. art. 45 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z których połączenia wynika norma prawna, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a jeśli wadium nie zostanie wniesione do upływu terminu składania ofert, wykonawcę obowiązkowo się wyklucza z postępowania. Odpowiada to również założeniom przywoływanego przez Odwołującego art. 70 4 Kodeksu cywilnego - zgodnie z którym przystępujący do przetargu powinien wpłacić organizatorowi przetargu określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, czyli wadium, pod rygorem niedopuszczenia do niego. Tym samym do przetargu może być dopuszczony jedynie podmiot, który wpłacił określoną sumę lub ustanowił odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty przed przystąpieniem do przetargu.

Odnosząc się do zarzutu braku wykładni gwarancji podał, że dla Zamawiającego treść złożonych przez Wykonawcę gwarancji była jasna i czytelna i nie mogła budzić wątpliwości, które nakazywały przejście do kolejnych reguł wykładni, po wykładni językowej. Przede wszystkim oczywistym było, że treść ta nie zawiera zasadniczego elementu, jakim jest prawidłowe wskazanie wykonawcy w tym postępowaniu, ubiegającego się o zamówienie, którego oferta będzie zabezpieczona wadium — czego Odwołujący już nie wspomina w treści odwołania, nie przytaczając treści gwarancji, nie odwołując się do brzmienia, które — w ocenie Odwołującego się — miałyby podlegać wykładni.

Podkreślił, że dla Zamawiającego oczywistym był wymóg, by wykonawca poprawnie określił swoją nazwę lub skład podmiotowy, w treści gwarancji. Bezpośrednią konsekwencją powyższego jest to, że oferta złożona przez konsorcjum nie jest tym samym, co oferta

13

złożona przez konsorcjanta - co do tego poglądy w praktyce zamówień publicznych są jednolite. Nie powinno też budzić wątpliwości, że oferent zarówno w treści oferty, jak i w treści gwarancji wadialnej tę ofertę zabezpieczającą, powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam oferent, nie można przypisać danej gwarancji do danej oferty - tym samym z jednej strony nie ma więc oferty zabezpieczonej gwarancją wadialną, a z drugiej

- gwarancją

nie została zabezpieczona złożona oferta.

Podał, że podmiot odpowiedzialności gwaranta został wyrażony wprost w treści gwarancji i brak jest podstaw, by poprzez wykładnię oświadczeń woli nadawać określonej treści szerszy zakres i znaczenie. Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnieniu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł. Podmioty uczestniczące w stosunku gwarancji to profesjonaliści, szczególnie po stronie banku i należy przyjmować, że podmiot ten określa precyzyjnie zakres swojej odpowiedzialności i nie ma tu miejsca na późniejszą rozszerzającą wykładnię.

Podniósł także, że wzajemne stosunki konsorcjantów opisywane są błędnie przez Odwołującego. Pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, poza sytuacją opisaną w art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonaniem umowy i wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie istnieje żadna odpowiedzialność solidarna wobec zamawiającego. Dodatkowo - z punktu widzenia prawa zobowiązań, w zakresie złożenia oferty czy wniesienia wadium trudno w ogóle mówić o jakichś zobowiązaniach wobec zamawiającego. Żaden wykonawca ani konsorcjant nie jest bowiem zobowiązany wobec zamawiającego ani do złożenia oferty, ani do wniesienia wadium. Wniesienie wadium, jeśli było ono żądane, jest warunkiem formalnym udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w tym sensie wykonawca "jest zobowiązany" do jego wniesienia. Jednak nie jest to zobowiązanie, o którym mowa w definicji zobowiązania zawartej w art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego: "Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić." Zamawiający nie ma bowiem roszczenia o złożenie oferty czy wniesienie wadium.

Wskazał na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, który w wyroku z 10.09.2015r. (XXIII Ga 1041/ 15) stwierdził, że „Z ustawy wynika, tak jak to zostało wyżej wyjaśnione, odpowiedzialność solidarna za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedzialność taka nie wpływa również z czynności prawnej, ponieważ taką czynnością byłaby wyłącznie umowa o zamówienie publiczne. Podkreślenia zaś wymaga, że umowa konsorcjum reguluje jedynie stosunki inter partes, tj. między (...) sp. z o.o., a nie erga omnes, tj. w relacji uczestnicy konsorcjum — zamawiający. Oznacza to, że stosunek taki nie rodzi skutków prawnych wobec osób trzecich. Brak jest również podstaw do zastosowania art. 370 k.c., który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że

14

umówiono się inaczej. Trudno bowiem mówić na etapie postępowania przetargowego o wspólnym mieniu.”

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w odwołaniu o sygn. KIO 2076/17 skutecznie przystąpił wykonawca Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa oraz wykonawca IVA S.A., ul. Kolisty 25, 40-486 Katowice do postępowania o sygn.. KIO 2052/17 (brak stawiennictwa pełnomocnika przystępującego na

rozprawie). Multiconsult Polska sp. z o.o poparł stanowisko Zamawiającego stwierdzając, że dla pewności wniesienia wadium w gwarancji wadialnej winni być wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujące złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest niezasadne i tym samym zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawcy wykazali także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Dodać należy, że przedmiotowe odwołania Zarządzeniem Prezesa KIO zostały skierowane do łącznego ich rozpoznania.

Nadto dodać należy, że w przypadku odrzucenia obu odwołań Zamawiający wskazał tą sama podstawę prawną odrzucenia oraz praktycznie takie samo uzasadnienie podstaw odrzucenia obu odwołań.

Również obaj Odwołujący na etapie rozprawy prezentowali podobną argumentację przeciwko czynności Zamawiającego, popierając nawzajem, prezentowane przez siebie stanowiska.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy wniesienie gwarancji wadialnej wystawionej tylko na jednego członka konsorcjum jest prawidłowe, Izba postanowiła dokonać, łącznej oceny zasadności zarzutów podniesionych w obu odwołaniach.

Na wstępie odniesienia Izby wymagała kwestia dotycząca wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania wykonawcy konsorcjum Ove Arup w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 7 z tego powodu, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu w wymaganym terminie jego kopii. Zamawiający stwierdził, iż *de facto* otrzymał kopie odwołania, ale była ona niepodpisana i tym samym takiego dokumentu nie można uznać za kopię odwołania.

15

Nadto pełnomocnicy obu Odwołujących w zakresie przystąpień do obu odwołań wykonawcy IVA S.A. podnieśli zarzut podając, że do przesłanych im przystąpień nie był dołączony odpis z dokumentów rejestrowych, z których mogliby ustalić, czy przystąpienie podpisały osoby do tego upoważnione. Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o odrzucenie odwołania o sygn. KIO 2076/17 uznając, iż całe odwołanie było podpisane (parafowane) na każdej stronie przez pełnomocnika konsorcjum, a na ostatniej stronie podpis ten był obok pieczętki imiennej pełnomocnika. Fakt, że podpis ten był umieszczony w innym miejscu niż to jest przyjęte zwyczajowo w dokumentach sporządzanych w Polsce, tj nie bezpośrednio po treści pisma i przed wymienionymi załącznikami, nie czyni tego pisma niepodpisany, a więc nie złożonym w formie pisemnej.

Odnosząc się do opozycji stron co do skuteczności przystąpienia wykonawcy IVA S.A. Izba uznała, że brak załączonego do przystąpienia dokumentu rejestrowego nie jest przeszkodą, aby takiego wykonawcy nie dopuścić do postępowania, zatem uznała skuteczność przystąpienia wykonawcy IVA S.A. do postępowania odwoławczego o sygn.. KIO 2052/17. Natomiast co do zgłoszonego przystąpienia do postępowania o sygn. KIO 2076/17, Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia z uwagi na przekroczenie terminu na zgłoszenie przystąpienia (termin upływał w dniu 6 października 2017 r., a do Prezesa KIO zostało doręczone w dniu 9.10.2017r).

Niewątpliwie kluczową rolę dla oceny przedmiotowych odwołań mają dwie instytucje prawne, po pierwsze, jest nią umowa konsorcjum jako forma wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o uzyskanie zamówienia publicznego, drugą - gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, wykorzystywana jako forma wadium w takim postępowaniu.

Termin „konsorcjum” jest używany na określenie wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o udzielenie zamówienia. Jest to skrótowa forma ustawowego terminu „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia” (art. 23 ust. 1 P.z.p.). Istotą takiego konsorcjum jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Konsorcjum nie jest jednak samodzielnym podmiotem

praw i obowiązków, odrębnym od poszczególnych konsorcjantów. Nie jest również trwałym związkiem gospodarczym, gdyż najczęściej jego członkowie łączą siły dla jednorazowego przedsięwzięcia, np. uzyskania zamówienia publicznego. Umowa konsorcjum należy do kategorii umów nienazwanych, zawieranych zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353 § 1 k.c.). Ma ona pewne cechy umowy spółki (art. 860 i nast. k.c.), wykazuje jednak zasadnicze różnice, ponieważ przy konsorcjum brak jest wkładów członków konsorcjum, co powoduje, że w konsorcjum nie powstaje wspólny majątek konsorcjantów, a zatem (inaczej niż w spółce cywilnej) nie ma samodzielnych zobowiązań konsorcjum, co rzutuje na jego nierozdzielność podmiotowo działalność zewnętrzną.

16

Podstawową cechą konsorcjum w zamówieniach jest wspólne ponoszenie ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Należy odrzucić tezę, iż do konsorcjum mają zastosowanie przepisy k.c. dotyczące umowy spółki, a w tym art. 370 k.c. mówiący o zobowiązaniach dotyczących wspólnego mienia. Dlatego też art. 370 k.c. nie może być odnoszony do konsorcjum, ponieważ konsorcjanci nie zaciągają wspólnych zobowiązań, a nadto ich zobowiązania nie mogą dotyczyć wspólnego mienia. Konsorcjum nie ma wspólnego majątku, a więc każdy z konsorcjantów odpowiada za długi syngularnie całym swoim majątkiem (prof. Eugeniusz Kowalewski i Władysław Mogiński w artykule „Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego”. wyd. UMK Toruń). Niewątpliwym jest, że solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum w oparciu o przepisy ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do ich odpowiedzialności na etapie wykonania umowy.

Nadto wskazać należy, że z chwilą zawarcia umowy konsorcjum i ustanowienia pełnomocnika, to tylko ten podmiot (lider konsorcjum lub pełnomocnik) jest jedynym i wyłącznym uprawnionym do reprezentowania wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, w ramach tego postępowania. Powyższe w tym postępowaniu znajduje odzwierciedlenie we wszystkich pismach kierowanych przez Zamawiającego do Odwołujących, jak i Odwołujących do Zamawiającego. Tylko w zakresie zgłoszenia wniosku o wydanie gwarancji wadialnej, wykonawcy posłużyli się nazwą jednego członka konsorcjum, bez dalszych do określeń co do faktu, iż gwarancja ma zabezpieczać ofertę wielu wykonawców -konsorcjum.

Izba stoi na stanowisku, iż z chwilą zawarcia umowy konsorcjum (jak to miało miejsce w tym postępowaniu), wykonawcy tworzący je, w sprawach dotyczących tego postępowania, winni posługiwać się określeniem „konsorcjum” lub „lider konsorcjum”. Za takim stanowiskiem na gruncie Pzp przemawia między innymi to, po pierwsze, że oferta złożona przez lidera konsorcjum tylko wtedy traktowana zostanie jako oferta konsorcjum, jeżeli w jej treści zostaną wyraźnie wskazani wszyscy wykonawcy, konsorcjanci, a po drugie to, że dla możliwości składania środków odwoławczych przez konsorcjum niezbędne jest złożenie odwołania przez wszystkich konsorcjantów lub ustalonego lidera w imieniu konsorcjum. W przeciwnym wypadku odwołanie takie podlegałoby odrzuceniu w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 2 Pzp (por. wyrok KIO z 21.07.2016 sygn. KIO 1211/16). W orzecznictwie przyjęto stanowisko, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani do podejmowania działań, na co wskazuje m.in. stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z 13 października 2011 r. (V CSK 475/10), iż *to wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.*

17

W tym zakresie należy także podnieść także, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 30 marca 2016 roku sygn. akt V Ga 205/15, iż podanie we wniosku o wystawienie gwarancji wadialnej nazwy tylko jednego z wykonawców w sytuacji kiedy o zamówienie ubiega się konsorcjum wykonawców, jest *nierzetelną czynnością wnioskodawcy wobec gwaranta*, gdyż taki wykonawca składa wniosek o wydanie gwarancji na jednego wykonawcę, a w rzeczywistości gwarancja ma zabezpieczać ofertę wielu wykonawców. Powyższe jak dalej zauważa sąd powoduje niepewność co do możliwości zabezpieczenia interesów Zamawiającego, gdyż *„Powszechnie wiadoma jest dociekliwość banków i firm ubezpieczeniowych, wysoka precyzja w interpretacji zawartych umów, szczegółowe badanie*

wszystkich elementów stanu faktycznego przed dokonaniem wypłaty z tytułu odszkodowania bądź gwarancji przez takie podmioty jak banki czy firmy ubezpieczeniowe. Zatem gwarancja zredagowana winna być z dużą precyzją i w oparciu o niebudzące wątpliwości fakty”, Sąd uznał, że podanie nierzetelnych, nieprawdziwych informacji we wniosku o wydanie gwarancji wadialnej daje gwarantowi, pole do interpretacji treści gwarancji mogące skutkować odmową wypłaty wadium.

W związku z tym Izba stoi na stanowisku, że umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji.

Przechodząc do instytucji gwarancji wadialnej Izba dokonując oceny zarzutów miała na względzie fakt, iż brak jest zarówno w ustawie Pzp, prawie bankowym jak i w przepisach dot. firm ubezpieczeniowych, normy prawnej z których można by jednoznacznie wywieść czy gwarancja wadialna wystawiona na jednego członka konsorcjum, bez wskazania, że wykonawca ten ubiega się o zamówienie wspólnie z innymi wykonawcami jest tak samo poprawna jak gwarancja wystawiona na podmiot, który samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia. Izba zdaje sobie sprawę z tego, że przedmiotowa sprawa jest zawiła pod względem prawnym, gdyż dopóki nie zostanie wydane orzeczenie Sądu Najwyższego mający moc wiążącą dla organów orzekających będą pojawiały się rozbieżne orzeczenia w takich sprawach, bez możliwości przesądzenia który prezentowany pogląd jest prawidłowy. Powyższe zdaniem Izby statuuje obowiązek wykonawców, aby znając powyższe, składając gwarancje wadialne mieli na względzie te okoliczności.

Niewątpliwym jest, że w Polsce istnieje co najmniej kilkanaście podmiotów – banków oraz firm ubezpieczeniowych, które udzielają swoim klientom gwarancji wadialnych. Izba analizując powszechnie dostępne na stronach internetowych tych podmiotów, wnioski o wydanie gwarancji wadialnej mogła jednoznacznie stwierdzić, iż niemalże każdy z nich posiada inną treść. Tym samym, po części inne są także wymagania stawiane wnioskodawcy wadialnemu. Co do zasady banki wymagają złożenia wraz z wnioskiem o wydanie gwarancji dokumentów podmiotowych i przedmiotowych odnoszących się do

18

zdolności kredytowej zarówno wnioskodawcy, jak i innych podmiotów z nim współpracujących, a także poręczycieli umowy wadium. Tym samym podstawą do wydania gwarancji wadialnej jest wykazanie zdolności regresowej wobec banku.

Odnosząc się do samej gwarancji wskazać należy, iż gwarancja bankowa jest umową w której po stronie gwaranta może występować jedynie bank lub ubezpieczyciel (stąd nazwa gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa). Natomiast beneficjentem gwarancji jest zamawiający. Należy także zwrócić uwagę na stosunek zlecenia, łączący bank (gwaranta) oraz dłużnika, który jest zleceniodawcą gwarancji. Beneficjent gwarancji jest zatem odbiorcą przekazu, zaś bank gwarant, przekazany. Oznacza to, że bank gwarant może podnosić wobec zamawiającego zarzuty z treści przekazu, a w tym związane z warunkami zapłaty.

W ocenie Izby na warunki zapłaty kwoty zatrzymanego wadium składa się przede wszystkim wskazanie w treści gwarancji -za czyje działanie, wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, bank gwarant odpowiada. Niejednoznaczne określenie zatem podmiotu za który bank odpowiada może być podstawą zarzutów banku wobec beneficjenta gwarancji wynikających z treści gwarancji. Izba uważa, że bank gwarant może skutecznie uchylać się od zapłaty sumy wadium podnosząc, że odpowiadał tylko za zachowania podmiotu na rzecz którego dokument gwarancji został wystawiony i co do którego została zawarta umowa. Nie jest zatem zasadne stanowisko Odwoływających prezentowane zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie, iż bank, nie ma uprawnień ani możliwości technicznej, aby badać z powodu działania czy zaniechania któregoś z konsorcjantów wadium zostało zatrzymane przez Zamawiającego.

Niewątpliwym jest, że gwarancje wadialne są udzielane każdemu starającemu się o podmiotowi, a tylko firmom będącym w dobrej kondycji finansowej. Tym samym, jak wynika z analizy wniosków o wydanie gwarancji wadialnej zarówno banki jak i podmioty ubezpieczeniowe wymagają od wnioskodawców podania szczegółowych danych co do ich formy organizacyjno- prawnej, wielkości posiadanego majątku trwałego, nieruchomości, wiarygodności, wielkości i stanu zobowiązań, rachunku zysków i strat, itd. Gwarancja zapłaty wadium wydawana jest przez banki i zakłady ubezpieczeń, dopiero po dokonaniu dokładnej oceny kondycji finansowej i przygotowania oferenta zamierzającego przystąpić do konkretnego przetargu. Dokument gwarancji zapłaty wadium stanowi bowiem substytut

gotówki, odpowiadający kwocie wadium która wykonawca miałby wpłacić w formie gotówkowej zamawiającemu. Potrzeba analizy stanu majątkowego, zdolności ekonomiczno-finansowej, zdolności kredytowej wnioskodawcy wynika z tego, że wystawca gwarancji wadialnej posiada regres do wnioskodawcy o zwrot wypłaconej kwoty w przypadku jej wypłacenia beneficjentowi. Bank wystawiający gwarancje sprawdza dostarczone dokumenty i tym samym rozpoznaje ryzyko, jakie może się pojawić w trakcie obowiązywania umowy gwarancji. Dlatego też niezasadnym zdaniem Izby jest stanowisko Odwoływających, że dla

19

wystawcy gwarancji nie ma znaczenia, czy wystawiając gwarancje wadialną zabezpiecza udział w postępowaniu konkretnego zbadanego wykonawcę, czy krąg podmiotów o których wystawca gwarancji żadnej wiedzy nie posiadał i tym samym nie ocenił ich zdolności kredytowej. Niewątpliwym jest, że udział po stronie podmiotu na którego gwarancja wadialna została wydana innych podmiotów, ma bezpośredni wpływ na możliwość wystąpienia większej ilości zdarzeń, mogących powodować powstanie sytuacji uzasadniających zatrzymanie wadium.

W razie wezwania do realizacji gwarancji z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta, który nie został objęty gwarancją, nie można wykluczyć sytuacji, że ubezpieczyciel odmówi wypłaty wadium, gdyż na podstawie umowy gwarancji jest on zobowiązany do świadczenia na rzecz wskazanego w gwarancji beneficjenta (zleciennodawcy gwarancji). Podkreślić należy, iż ze względu na formalizm gwarancji, jakakolwiek interpretacja ją rozszerzająca jest niedopuszczalna (zob. *M. Pyziak-Szafnicka, Gwarancja autonomiczna, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 2/1994, s. 18 i nast.*; *A. Szpunar, Zabezpieczenia osobiste wierzytelności, LEX, Sopot 1997, s. 135-178*; *G. Tracz, Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej, Zakamycze 1998*).

W tym zakresie należy wskazać chociażby na wzór gwarancji jednej z działającej na polskim rynku firm ubezpieczeniowych np. TUR „Warta” gdzie wskazano, że „Dla wypłaty gwarancji niezbędne jest do wezwania do zapłaty dołączyć swoje oświadczenie (beneficjenta) o niewykonaniu lub niewłaściwym wykonaniu zobowiązań przez Wnioskodawcę. Tak więc wskazano jednoznacznie, że wypłata wadium na rzecz zamawiającego może mieć miejsce tylko w sytuacji kiedy wnioskodawca - podmiot na którego wystawiono gwarancję, jest powodem niewykonania zobowiązania.

Wskazać należy, że gwarant dla uchylecia się od wykonania umowy gwarancji wadialnej może powoływać się na zarzut kwestionujący ważność takiej umowy jak; brak właściwej reprezentacji, żądanie zapłaty długu nie objętego umową, itp. Kwestia ta ma istotne znaczenie nie tylko ze względów formalnoprawnych, ale i pragmatycznych, gdyż nie tyle chodzi o wadliwość gwarancji, ile o jej nieskuteczność jako wadium. Zatem treść gwarancji wadialnej, złożonej tytułem wadium zabezpieczającego ofertę Konsorcjum powinna pozwolić na zidentyfikowanie, podmiotów składających ofertę wspólną. W sensie materialnoprawnym gwarancja wystawiona na jednego wykonawcę w sytuacji, kiedy o zamówienie ubiega się konsorcjum co do zasady nie będzie miała skutków zabezpieczających w stosunku do pozostałych członków konsorcjum. Natomiast w sensie gospodarczym nie zabezpieczy w wystarczający sposób interesów zamawiającego, które w przetargach dotyczących zamówień publicznych powinny być głównym punktem odniesienia.

W zakresie potrzeby odniesienia się do przywoływanych w odwołaniach cech którymi charakteryzuje się gwarancja wadialna, tj., iż jest abstrakcyjna, nieodwołalna, bezwarunkowa

20

i płatna na pierwsze żądanie, co ma gwarantować w każdej sytuacji wypłatę kwoty gwarancyjnej na rzecz beneficjenta to Izba uznaje, że te określenia niosą ze sobą niewątpliwie określone obowiązki dla gwaranta, ale zdaniem Izby mają one niewątpliwie zastosowanie przy gwarancji, gdzie wykaz podmiotów w niej wskazany jest tożsamy z wykazem podanym w ofercie. Wątpliwe jest wywodzenie z nich obowiązku zapłaty wadium, kiedy gwarant oświadczeniem wnioskodawcy o wydanie gwarancji został wprowadzony w błąd, co do wielości podmiotów za działania których ma ponosić odpowiedzialność.

Odnosząc się do stanowisk Odwoływających dotyczących tego, że Zamawiający, nie zawarł w SIWZ szczególnych wytycznych co do sposobu wniesienia wadium w sytuacji, kiedy o udzielenie zamówienia ubiega się konsorcjum wykonawców to Izba w tym zakresie uznaje, że dla poprawności skarżonej czynności Zamawiającego kwestia ta nie ma

znaczenia. Zawarcie w SIWZ wymagania w tym zakresie byłoby w tym postępowaniu ewentualną podstawą do zastosowania dodatkowej podstawy do odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ. Natomiast nie może to być podstawa do uznania ważności gwarancji wadialnej.

Odwołujący wielokrotnie na rozprawie podnosili, że z przeprowadzonych rozmów z bankami wynika, że żaden z banków nie odmówiłby wypłaty wadium z gwarancji bankowej w sytuacji, kiedy po wystawieniu gwarancji na konkretny podmiot okazałoby się, że wystawiona gwarancja zabezpiecza ofertę nie tylko wykonawcy - wnioskodawcy, ale także innych członków konsorcjum. Jednakże powyższe stanowiska nie znalazły potwierdzenia w żadnym, że składanych wraz z dokumentem wadium oświadczeniem banku w tym zakresie. Odnosząc się do oświadczenia Banku wykonawcy CDM Smith złożonego na rozprawie, Izba wskazuje, że dodatkowe dokumenty zawierające treść zmiany gwarancji wadialnej dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem sporządzone aneksy powinny zostać złożone zamawiającemu wraz z dokumentem głównym, o ile zostały sporządzone przed upływem terminu składania ofert. Samo wadium musi bowiem zostać wniesione - poprawnie - przed upływem terminu składania ofert. Wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej finansowe zabezpieczenie w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp., dlatego też nie podlega uzupełnieniu. Treść gwarancji bankowej winna być interpretowana za pomocą wykładni literalnej, czyli odwzorowującej dokładnie treść zawartych tam postanowień.

Izba po analizie chronologii postępowania Odwołującego w sprawie o sygn. KIO 2076/17 dodatkowo podnosi, iż przedstawiona w odwołaniu argumentacja dotycząca tego, iż gwarancja została wystawiona w oparciu o złożony przez pełnomocnika konsorcjum wniosek uznała, że argumentacja ta nie znajduje oparcia w materiale sprawy. Brak jest podstaw do przyjęcia, że w sytuacji, kiedy w dniu 6 lipca 2017 roku została zawarta umowa konsorcjum i w tym samym dniu został powołany pełnomocnik, to także w dniu 6 lipca 2017 r. Odwołujący

21

złożył wniosek do banku o wydanie gwarancji wadialnej i w tym samym dniu taką gwarancję z Banku HSBC Bank Polska S. A. otrzymał. Pytany o ta okoliczność na rozprawie pełnomocnik Odwołującego nie wykazał, że wniosek został złożony już po zawiązaniu konsorcjum, stwierdzając, że nie dysponuje wiedzą w tym zakresie. Sytuacja ta nie ma wpływu, zdaniem Izby, na ważność złożonej gwarancji wadialnej, ale wskazuje na zasadność stanowiska Zamawiającego, że umowa konsorcjum we wskazanej dacie została zawarta na potrzeby tego postępowania odwoławczego.

Reasumując powyższe rozważania i ustalenia Izba uznała, że Zamawiający zasadnie odrzucił oferty obu Odwołujących, gdyż złożone bankowe gwarancje wadialne nie zapewniały Zamawiającemu pewności co do możliwości zatrzymania wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie Pzp.

Izba dokonując rozstrzygnięć w zakresie obu odwołań nie dokonała przesądzenia o tym, czy w przedstawionym stanie faktycznym i prawnym Banki na pewno, w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium przez Zamawiającego, dokonają wypłaty kwoty wadium, czy też taka wypłata na pewno nie nastąpi. Ocenie Izby podlegała zasadność czynności Zamawiającego, dotyczących odrzucenia ofert tych wykonawców z powodu braku wskazania w złożonych gwarancjach wadialnych nazw podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, bądź wskazania, że podmiot składający wniosek działa jako lider konsorcjum. Co do braku pewności wypłaty wadium to zdaniem Izby wskazać należy przykładowo na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie (XXIII Ga 1313/15) który stwierdził: *"Na marginesie należy wskazać, iż ocena, czy bank (gwarant) jako uczestnik obrotu cywilnoprawnego w praktyce wykona ciążące na nim zobowiązanie wynikające z gwarancji daleko wykracza poza ramy niniejszego postępowania, ponieważ nigdy nie będzie możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenie o potencjalnym zachowaniu banku"*. Ponadto przywołać należy ugruntowaną linię orzecznictwa KIO, gdzie Izba stwierdza (przykładowe wyroki KIO/UZP 537/08, KIO/UZP 62/09, a także wyrok z dnia 17 października 2013 r., KIO 2362/13), że *„wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp, musi mieć taką samą płynność i pewność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie tych gwarancji i poręczeń nie może być utrudnione"*.

Z powyższego zasadnym wydaje się wywiedzenie wniosku, że wszelkie postanowienia gwarancji wadialnej, wydanej w formie poręczeń i gwarancji winny być tak rzetelnie i

precyzyjnie sformułowane, aby wystawca (gwarant) nie miał żadnej możliwości dokonania takiej interpretacji jej postanowień, aby móc odmówić wypłaty kwoty zatrzymanego wadium.

Złożone gwarancje bankowe przez obu Odwołujących dają Zamawiającemu, zdaniem Izby, tylko niewielkie prawdopodobieństwo, a nie pewność, iż w razie zaistnienia podstawy do wypłaty wadium to takie wadium zostanie wypłacone, co zdaniem Izby uzasadniało

22

czynność Zamawiającego odrzucenia ofert obu odwołujących w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 7b) ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba utożsamia swoje stanowisko ze stanowiskiem Sadu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku z dnia 10.09.2015 r. sygn. akt: XXII Ga 1041/15, *że restrykcyjny charakter przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych wymaga od osób ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu. Odnosi się to również do złożenia w poszczególnych formach wadium, w tym gwarancji bankowej. W ocenie Sądu Okręgowego nie można przedkładać ratio legis ustawy nad formalną i merytoryczną poprawnością dokumentu składanego na potwierdzenie wniesionego wadium dla zabezpieczenia oferty przez podmiot wskazany w ofercie. Nie miałyby wówczas żadnego znaczenia prawidłowość złożonych dokumentów, co z kolei prowadziłoby do niedających się zaakceptować wniosków z punktu widzenia zasady legalizmu, znajdującą swoje odzwierciedlenie w zasadach wyrażonych w art. 7 ust.1 ustawy Pzp.*

Izba stoi na stanowisku, że wniesienie wadium jest prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Wtedy bowiem spełnia ono zabezpieczającą funkcję. Objęcie gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców spośród wielu ubiegających się o udzielenie zamówienia powoduje, że gwarant, ma możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej w szczególności w sytuacji, kiedy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją tylko po stronie podmiotu, innego niż wymieniony w treści gwarancji. Już tylko wystąpienie samej „możliwości” gwaranta w uchyleciu się od zapłaty kwoty wadium czyni wypłatę tego wadium zdarzeniem niepewnym. Tym samym odmiennym w sposób znaczący, od płynności i pewności wadium wniesionego w formie pieniężnej na rachunek bankowy zamawiającego.

Wskazać należy, zdaniem Izby – za zamawiającym, na niefrasobliwość obu odwołujących w zakresie złożonych gwarancji wadialnych. Obaj Odwołujący w odwołaniach jak i prezentowanych na rozprawie stanowiskach podnosili, że *ocena stanu faktycznego co do potrzeby umieszczenia w treści gwarancji bankowych informacji o fakcie, iż gwarancja będzie obejmowała nie jednego wykonawcę, ale konsorcjum wykonawców, cechuje powszechnie znana rozbieżność orzecznictwa tak KIO jak i sądów okręgowych.* Jednakże pomimo powyższego w złożonych gwarancjach wskazali w tych postępowaniach tylko jednego członka konsorcjum.

Zdaniem Izby, wykonawcy występujący w formie konsorcjum muszą mieć świadomość, że gwarancja wadialna wystawiona wyłącznie na jednego członka konsorcjum może się okazać bezskuteczna w sytuacjach, w których zamawiający będzie chciał z niej skorzystać z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta nieobjętego gwarancją, a wtedy zamawiający

23

może zostać pozbawiony ochrony, gdyż nie będzie mógł skorzystać z ustanowionego zabezpieczenia.

Podwyższona ostrożność w kwestii prawidłowego przygotowania dokumentu wadium jest o tyle istotna, że stanowisko doktryny jasno wskazuje, iż gwarancja, jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna, a dodatkowo Zamawiający nie może wezwać do uzupełnienia wadium przez co skutki błędów są nieodwracalne.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w *petitum* obu odwołań i po wszechstronnym rozważeniu zebranego w sprawie materiału dowodowego orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....