Sygn. akt: KIO 2485/17

WYROK
z dnia 7 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Emil Kawa
Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, 3. PROMOST CONSULTING Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie,**

przy udziale wykonawcy **SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, 3. PROMOST CONSULTING Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, 3. PROMOST CONSULTING Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, 3. PROMOST CONSULTING Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa – Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

Przewodniczący:
……
……

Sygn. akt: KIO 2485/17

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem Zaprojektowanie i budowa S19 od węzła Kamień (z węzłem) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem) dł. 7,9 km".

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2017 r. pod numerem 2017/S 146-301835.

W dniu 14 listopada 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, 2. ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, 3. PROMOST CONSULTING Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący" lub „Konsorcjum") informację o odrzuceniu złożonej przez Konsorcjum oferty uznając, że treść złożonej gwarancji ubezpieczeniowej, stanowiącej wadium Odwołującego nie zabezpiecza sposób dostateczny jego interesu.

W dniu 24 listopada 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 23 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp, przez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, iż brak wskazania w treści gwarancji ubezpieczeniowej, stanowiącej wadium wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium oraz oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, co skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego, podczas gdy z żadnego przepisu prawa, ani z dokumentacji przedmiotowego zamówienia, nie wynika wymóg wskazania w treści takiej gwarancji wszystkich członków konsorcjum, a złożone wadium skutecznie zabezpiecza interes Zamawiającego;
2. art. 7 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający ustalił warunki, na jakich mogą wziąć udział w postępowaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w pkt 11.1 IDW: *Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich u postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania wpostępowaniu i zawarcia umowy u sprawie zamówienia publicznego.*

Odwołujący załączył do oferty pełnomocnictwo z 20 września 2017 r., w którym wszyscy trzej członkowie konsorcjum ustanowili Pełnomocnika konsorcjum (ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie) oraz jednoznacznie wyrazili zgodę na wspólne poniesienie związanej z udziałem postępowaniu solidarnej odpowiedzialności. Pełnomocnictwo to obejmuje min. uzyskanie gwarancji ubezpieczeniowej w celu złożenia co znajduje wadium Zamawiającemu, potwierdzenie także w zawartej przez wykonawców umowie tzw. konsorcjum.

W pkt 16 IDW Zamawiający wskazał „Wymagania dotyczące wadium", m. in. że „W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Gwarancja lub poręcznie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione).

Odwołujący twierdził, że Zamawiający w piśmie z 14 listopada 2017 r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że w treści Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02(3009/0389/17/0049 z 21 września 2017 r. jako „Zobowiązanego" wskazano Pełnomocnika (lidera) konsorcjum (ZBM Inwestor Zastępczy S.A.), a nie wszystkich wykonawców z osobna. W uzasadnieniu wskazano: Zamawiający, zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że przyjęcie za zasadne stanowiska, iż w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia przez konsorcjum wystarczającym jest złożenie gwarancji bankowej wystawionej na jednego członka konsorcjum prowadziłoby do obejściu regulacji szczególnej ustawy Prawo bankowe, w szczególności zasady abstrakcyjnego charakteru gwarancji bankowej i narażałoby zamawiającego na niczym nieuzasadnione ryzyko braku możliwości zatrzymania wadium w przypadku działań czy zaniechać ze strony członków konsorcjum nieobjętych treścią gwarancji bankowej.

Odwołujący twierdził, że żaden przepis Pzp czy też Prawa bankowego, do którego odwołuje się Zamawiający, a także żaden wymóg w SIWZ, nie nakładają obowiązku wskazania wszystkich członków konsorcjum w gwarancji ubezpieczeniowej. Zamawiający wywiódł ten wymóg z nieuprawnionej interpretacji „zasady abstrakcyjnego charakteru gwarancji bankowej" (choć Odwołujący złożył gwarancję ubezpieczeniową), a ponadto u drodze tej interpretacji wywiódł dla Odwołującego skutek w postaci odrzucenia oferty. Zdaniem Konsorcjum odrzucenie oferty nastąpiło z naruszeniem fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, w sytuacji gdy prawidłowo umocowany pełnomocnik Konsorcjum

uzyskał gwarancję ubezpieczeniową po udzieleniu mu pełnomocnictwa m.in. do tej czynności. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający powoływał się na powzięte wątpliwości, dotyczące wymogów postawionych wykonawcom - zapominając, że wątpliwości te należy zawsze rozstrzygać na korzyść wykonawców.

Odwołujący podnosił, że przeważająca linia orzecznicza, potwierdzona informacją opublikowaną przez Urząd Zamówień Publicznych pt. „Interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w kontekście przedłożenia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wystawionej na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego" [źródło:https:/www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/interpretacja-art.-24-ust.-2-pkt-2-ustawy-pzp-w-kontekscie-przedlozenia-gwarancji-bankowej-lub-ubezpieczeniowej-wystawionej-na-jednego-z-wykonawcow-ubiegajacych-sie-o-udzielenie-zamowienia-publicznego] potwierdza, że gwarancja wadialna przedłożona przez Odwołującego

spełnia wymogi obowiązującego prawa i zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Odwołujący twierdził, że Prezes Urzędu, na podstawie orzecznictwa, wskazuje stanowczo: *Cel ten zostaje osiągnięty także w przypadku, gdy gwarancja bankowa jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który został prawidłowo umocowany do działania na rzecz pozostałych konsorcjantów, nawet jeżeli w treści gwarancji nie ma wprost odwołania do działania przez niego na rzecz pozostałych członków konsorcjum. W takim przypadku należy uznać, że wadium w postaci gwarancji zostało prawidłowo wniesione. Należy bowiem zauważyć, że prawidłowo umocowany pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, podobnie jak każdy inny członek tego, konsorcjum ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum (odpowiedzialność solidarna zgodnie z art. 369 KC w z art. 14 i 139 ustawy Pzp), które mogą być powodem zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium. W tych okolicznościach gwarancja wadialna opatrzona klauzula „na pierwsze żądanie" mająca charakter bezwarunkowy i nieodwołalny zabezpiecza interes zamawiającego także wówczas, gdy jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum - pełnomocnika pozostałych członków konsorcjum.*

Powyższe stanowisko zostało zaprezentowane także w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2015 r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. (sygn. akt: 1251/15) i potwierdzone

uwzględniającym tę skargę wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15).

Zdaniem Odwołującego należy zwrócić uwagę na spójną, dominującą linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, która podzieliła przywołane powyżej stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zgodne z interpretacją UZP, m.in. w wyrokach: KIO 808/16 z dnia 3 czerwca 2016 r., KIO 555/16 z dnia 5 maja 2016 r., KIO 466/16 z dnia 14 kwietnia 2016 r. KIO 510/16 z dnia 19 kwietnia 2016 r., KIO 465/16 z dnia 15 kwietnia 2016 r., KIO 2622/15 z dnia 14 grudnia 2015 r. oraz kolejny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, z dnia 8 kwietnia 2016 r. o Sygn. akt XXIII Ga 2031/15, KIO 1072/17, 1078/17, 1078/17 i 1090/17 z dnia 26 czerwca 2017 r.

Odwołujący podnosił także, iż powyższe stanowisko potwierdzają także przedstawiciele doktryny: Na nowo spór w tym zakresie pojawił się, gdy niektóre składy orzekające KIO zaczęły wydawać wyroki, że w gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej powinni być jednak wskazani wszyscy uczestnicy oferty wspólnej (zob. np. wyr. KIO: z 14.9.2015 r.. KIO 1881/15, Legalis; z 2.11.2015 r., KIO 2287/15, Legalis). Warto zaznaczyć, że w tym samym czasie zapadały w Izbie orzeczenia zarówno uznające wadium w formie gwarancji wniesione przez jednego członka oferty wspólnej za prawidłowe, jak i orzeczenia uznające, że wadium w takiej sytuacji nie zostało wniesione. W związku z tym pojawiły skargi do sądów okręgowych. Niestety tam również orzecznictwo nie wypracowało jednolitej linii i zapadły wyroki rozbieżne, podobnie jak w KIO. Jak się wydaje, przeważająca jest linia, że wadium w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wniesiono przez jednego z uczestników oferty wspólnej i nie wskazujące w swojej treści pozostałych uczestników tej oferty, jest prawidłowe. Przekonywający wywód w tym zakresie przeprowadzi SO w Krakowie w wyr. z 12.1.20 i 6 r. (XII Ga 7/3/15, niepubl.): *(...) Jeśli wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia porozumieją się w sprawie wniesienia wadium, to ta relacja również pozostaje poza kontrolą, tak zamawiającego, jak i innych uczestników postępowania. Relacja ta pozostaje także poza kognicją organów państwa ustawowo upoważnionych do kontroli przebiegu postępowań o udzielanie zamówień publicznych. Należy bowiem pamiętać, że regulacje zawarte w ustawie - Prawo zamówień publicznych stanowią wyjątek od zasady swobody umów. Wszelkie ograniczeniu tej zasady zawarte we wskazanej ustawie powinny więc być wykładane ściśle. Dotyczy to także ograniczenia*

możliwości wnoszenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie jest dopuszczalne rozszerzanie ograniczeń w sposób utrudniający lub uniemożliwiający wykonawcy uzyskanie zamówienia. Granicą wyznaczającą możliwość ograniczania wykonawców w przypadku wnoszenia wadium jest interes zamawiającego. Mianowicie, dopóki zabezpieczenie wadialne gwarantuje ochronę interesu zamawiającego, dopóty działania wykonawców nie mogą być skutecznie zakwestionowane. (...) Dokładne opisanie w treści gwarancji postępowania przetargowego oraz posłużenie się przez bank określeniem "Wykonawca" nie wyłącza jego odpowiedzialności za wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Brak dochowania jednego z warunków przez któregokolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spowoduje bowiem możliwość skorzystania przez beneficjenta z gwarancji bankowej". W kontekście art. 23 ust. 3 PrZamPubl, przy tak skonstruowanej gwarancji, dla odpowiedzialności banku nie ma znaczenia, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia swoim działaniem lub zaniechaniem doprowadzi do wykonania uprawnienia przez beneficjenta gwarancji. Nie jest zatem uzasadniona obawa, że gwarant mógłby odmówić świadczenia. Wynika to z prawnej konstrukcji gwarancji bankowej, która najbardziej zbliżana jest do konstrukcji weksla trasowanego. Abstrakcyjny charakter zobowiązania wynikającego z gwarancji bankowej przesądza o braku możliwości po stronie gwaranta formułowania zarzutów ze stosunku podstawowego (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2017).

Podobnie: *Kolejną istotną kwestią w odniesieniu do konsorcjów jest sposób wnoszenia wadium. Wątpliwości budzi bowiem okoliczność, czy może ono zostać wniesione tylko przez jednego z członków, bez wskazania w treści dokumentu, że obejmuje działania całego konsorcjum, czy musi dotyczyć całego konsorcjum, co ma znaczenie w przypadku składania dokumentów wadialnych. W świetle pierwszego z poglądów wniesienie wadium w formie dokumentu wystawionego na rzecz jednego z konsorcjantów nie powoduje jego wadliwości (por. wyr. KIO z: 5.03.2015 r., KIO 336/15. LEX nr 1659276; 25,05.2015 r., KIO 969/15, LEX nr 1798027; 30.09.2014*

KIO 1897/14, KIO 1899/14, LEX nr 1541294; 8.07.2011 r., KIO 1320/11, LEX nr 863/67; 19.04.2013 r., KIO 792/13. LEX nr 1315337; 15.09.2014 r., KIO 1785/14, LEX nr 1538382; 7.01.2015 r., KIO 2694/14. LEX nr 1650329: oraz wyr. SO w Katowicach z 1.10.2017 r., XIX Ga 408/07; wyr. SO w Warszawie z 14.10.2015 r.,

---

XXIII Ga 1313/15; wyr. SO w Krakowie z 12.01.2016 r., XII Ga 713/15: wyr. SO w Warszawie z 8.04.2016 r. XXIII Ga 2031/15). Zgodnie z drugim stanowiskiem posługiwanie się tak wystawionym dokumentem skutkuje jego wadliwością (por. wyr. KIO z: 1.07.2015 r. KIO 1251/15, LEX nr 1771695; 7.01.2015 r. KIO 2694/14, LEX nr 1650329). Za przeważający należy jednak uznać pierwszy z nich (1. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2017).

Odwołujący twierdził, że odrzucenie oferty Konsorcjum zostało dokonane w oparciu o wykładnię obowiązujących przepisów Pzp sprzeczną ze wskazaną, przeważającą linią orzeczniczą. Sprzeczne stosowanie prawa w tak istotnym aspekcie destrukcyjnie wpływa na system prawa zamówień publicznych. Odwołujący poniósł trudy i koszty związane z udziałem w postępowaniu i nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że w orzecznictwie zdarzają się orzeczenia, które odbiegają w swej treści od wskazanej powyżej przeważającej linii orzeczniczej. W takiej sytuacji jest on traktowany w sposób mniej korzystny od wykonawców ubiegających się o zamówienie samodzielnie - co jest wprost sprzeczne z zasadą równego traktowana wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp. Zastosowana w opisywanym uzasadnieniu wykładnia skutkuje nadmiernym, nieproporcjonalnym ograniczeniem praw przedsiębiorcy, wynikających z reguł rangi konstytucyjnej.

Odwołujący podnosił, że w przywoływanym wyżej wyroku SO w Warszawie (XXIII Ga 1313/15) uznano gwarancję wystawioną wyłącznie na rzecz lidera konsorcjum za prawidłową, gdy gwarancja bankowa wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (jednego z

konsorcjantów), będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem i uprawnionego do działania w imieniu i na rzecz współwykonawcy, nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji bankowej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających razem ofertę, spełnia wymogi ustawowe i nie stanowi powodu, dla którego należałoby uznać za nieskuteczne wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sąd powołuje w uzasadnieniu szereg argumentów prawnych, m.in. brak szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej w Pzp oraz SIWZ, zasady solidarności dłużników zgodnie z art. 370 k.c. oraz interpretacji art. 23 ust. 3 w zakresie charakteru zobowiązania członków konsorcjum.

Ponadto Odwołujący twierdził: *W literaturze trafnie podnosi się, iż w sytuacji w której umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum (tak też SO w Częstochowie z 7.9. 2005 r. VI Ca 527/05: wyr. KIO z 29 września 2009 r. KIO/UZP 1998/11, 2029/11, J. May, Dochodzenie roszczeń przez uczestników konsorcjum. Prawo Zamówień Publicznych 2015, nr 2, s. 76; A. Chrząszcz, Konsorcjum w zamówieniach publicznych. Przegląd Prawa Handlowego 2013, nr 7, s. 47, K. Gałczyńska-Lisik, Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych. Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 10, s. 45, M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 26). Należy bowiem zaznaczyć, iż zgodnie z art. 1 ust. 3 ustawy PZP zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co w świetle art. 23 ust. 3 ustawy PZP oznacza możliwość zawarcia umowy jedynie ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum uczestniczącymi w postępowaniu (tak: J. Pieróg. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 134).*

W wątpliwość poddano także spekulacje Zamawiającego: *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.*

Zdaniem Odwołującego należy zwrócić szczególną uwagę, że pełnomocnik, który zwrócił się o wydanie gwarancji ubezpieczeniowej (wystawionej 21 września 2017 r.) oraz który jest wskazany w dokumencie, miał prawidłowe umocowanie do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (wystawione 20 września 2017 r.). przy czym informacją tą Zamawiający dysponował, bowiem pełnomocnictwo, o którym mowa, było załączone do oferty Odwołującego. Zamawiający nie może zatem mieć wątpliwości, że gwarancja obejmuje także ewentualne czynności wykonawców niewskazanych wprost w dokumencie.

Odwołujący twierdził, że z treści pełnomocnictwa, podpisanego przez wszystkich członków konsorcjum, wynika zobowiązanie do poniesienia przez nich solidarnej odpowiedzialności. Z treści gwarancji ubezpieczeniowej Odwołującego w

sposób jednoznaczny wynika, że zabezpiecza ona w pełni interesy Zamawiającego, gdyż dla skuteczności tego sposobu zabezpieczenia kluczowe jest, żeby gwarancja była bezwarunkowa, z możliwością zapłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie Zamawiającego, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia wystąpiły, a co najważniejsze bez weryfikowania przez ubezpieczyciela zasadności zgłoszonych żądań. Wypłata nastąpi automatycznie po złożeniu stosownego oświadczenia, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w treści gwarancji, o których mowa w gwarancji ubezpieczeniowej. Ponadto w treści

gwarancji prawidłowo została wskazana nazwa postępowania o udzielenie zamówienia. Należy również pamiętać, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Konsorcjum nie ma znaczenia, po stronie którego z konsorcjantów ziszczą się przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia.

Odwołujący stwierdził, że wystawca gwarancji potwierdził, wiążący charakter swojego zobowiązania dla możliwości zatrzymania wadium w przypadku działań czy zaniechań ze strony członków konsorcjum nie wskazanych wprost w treści gwarancji ubezpieczeniowej. To oświadczenie gwaranta stanowi wykładnię oświadczenia woli zawartego w dokumencie gwarancji, nie jest zaś modyfikację, czy uzupełnieniem dokumentu gwarancji wadialnej. Możliwości dokonania wykładni oświadczenia woli zawartego w dokumencie gwarancji wadialnej jest dopuszczona w orzecznictwie.

W ocenie Odwołującego spełnione są więc wszystkie kryteria wskazywane w orzecznictwie: *Uwzględnienie w gwarancji wyłącznie lidera konsorcjum kwalifikuje się jako wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na treść art. 23 ust. 3 p.z.p.. zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (...) gwarancja bankowa bezsprzecznie identyfikuje wykonawcę. Wskazuje ona bowiem na lidera konsorcjum oraz określa dokładnie przedmiot zamówienia. Podkreślenia wymaga przy tym również fakt. że zamawiający posiadał od początku wiedzę i miał świadomość, że oferta złożona została przez dwa podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, które łączy mowa konsorcjum, reprezentowane przez lidera. Ponadto należy zwrócić uwagę na*

bezwarunkowy i nieodwołalny zakres gwarancji, wypełniający w tym zakresie wymogi SIWZ. (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r., XXIII Ga 2031/15)

Odwołujący wyjaśniał, że solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum nie jest w tym wypadku wywodzona z Pzp czy kodeksu cywilnego, co bywało zarzutem w orzeczeniach o przeciwnym stanowisku, ale wynika ona wprost z pełnomocnictwa z 20 września 2017 r., wyrażającego oświadczenie woli trzech wykonawców, również w zakresie złożenia Zamawiającemu wadium.

Następnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w treści SIWZ dopuścił możliwość wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia oraz nie określił żadnych dodatkowych wymagań dotyczących wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (konsorcjum), w szczególności nie wprowadził obowiązku wniesienia wadium w postaci gwarancji, w której wszyscy konsorcjanci byliby wymienieni jako wykonawcy (zobowiązani). Ustawodawca w ramach Pzp nie stawia szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Wymagania odnośnie wnoszonego wadium muszą być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 pkt 8 Pzp), jak również informacja na temat wadium musi znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 8 Pzp).

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 16 kwietnia 2015 r. (KIO 660/15): *Obowiązuje swoista „święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców (potwierdzona m.in. w wyrokach KIO 1596/17; KIO 1074/17, KIO 1961/16 i wielu innych).*

Odwołujący podnosił, że postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 r. (C-35/17) jednoznacznie rozstrzyga: *zasadę równego traktowaniu i obowiązek przejrzystości należy interpretować wten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących wtej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r„ Pizzo. C-27/15. EU:C:2016:404, pkt 51).*

Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy. (...) zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować wten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający, mając do dyspozycji pełnomocnictwo z 20 września 2017 r. i gwarancję z 21 września 2017 r. miał możliwość całościowej oceny przedłożonego przez Odwołującego wadium. Z całą pewnością jednak nie miał prawa dokonywać wykładni warunków dotyczących wadium w sposób rozszerzający tak, aby w konsekwencji odrzucić ofertę Odwołującego, gdy taki warunek oraz taka konsekwencja nie wynika ani z Pzp, ani z treści SIWZ ustalonej przez Zamawiającego. Nawet jeśli Zamawiający powziął jakiekolwiek wątpliwości odnośnie różnic w liniach orzeczniczych KIO i sądów, to nie miał prawa na podstawie tych wątpliwości odrzucić oferty Odwołującego. Wątpliwości takie powinny być interpretowane na korzyść Odwołującego, który miał pełne prawo sądzić, że złożył prawidłową gwarancję ubezpieczeniową.

W dniu 30 listopada 2017 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) – dalej: „Przystępujący". W dniu 6 grudnia 2017 r., w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, Przystępujący złożył pismo procesowe.

W toku ww. posiedzenia również Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył Zamawiającemu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 21 września 2017 r. Nr 02GG09/0389/17/0049 o następującej treści:

„Dla: SKARB PAŃSTWA - GENERALNY DYREKTOR DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD Z SIEDZIBA PRZY UL. WRONIEJ 53, 00-874 WARSZAWA
zwanego dalej "Beneficjentem gwarancji"
z tytułu wadium w przetargu na:
Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Kamień" (z węzłem) do węzła „Sokołów Małopolski Północ" (z węzłem) o długości około 7,9 km". Nr postępowania O.RZ.D-3.2410.2.2017.
1. InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, z siedzibą w Warszawie, ul. Noakowskiego 22, zarejestrowane w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000054136 wysokość kapitału zakładowego 137.640.100,00 zł w całości wpłaconego, NIP 526-00-38-806, reprezentowane na podstawie pełnomocnictwa BZA/01/15/10/2015 z dnia 2015.10.15 przez: E. Z. — Głównego Specjalistę ds. Ubezpieczeń Finansowych I Oddziału w Warszawie, zwanym dalej „InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group",
działając na wniosek ZBM INWESTOR ZASTĘPCZY SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą

w 03-215 WARSZAWA, przy ul. JAGIELLOŃSKA 88,B.51 BC/LOK. 36 (zwanego dalej "Zobowiązanym") niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę kwoty 55.000,00 złotych (słownie złotych: pięćdziesiąt pięć tysięcy 00/100) z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami, tj.:

1) Zobowiązany, którego oferta została wybrana:
- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego

2) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń tub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,

2. Kwota gwarancji stanowi górną granicę odpowiedzialności InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group, a każda wypłata z tytułu gwarancji obniża odpowiedzialność InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group o wysokość wypłaconej kwoty.

3. Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie od 26.09.2017r. do 24.11.2017r, (zwanym dalej "okresem ważności gwarancji"). Przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium.

4. Zapłata przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group kwoty , o której mowa w ust. 1, nastąpi w termnie do 30 dni od dnia doręczenia do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ust. 1.

5. Żądanie zapłaty powinno:
1) być podpisane przez Beneficjenta gwarancji lub osoby przez niego umocowane, ze wskazaniem podstawy umocowania,
2) być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji,
3) być doręczone do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności,

4) zawierać oznaczenie rachunku bankowego, na który ma nastąpić wypłata z gwarancji,
5) wskazywać przypadek określony w ust. 1 gwarancji, którego zaistnienie stanowiło przyczynę zatrzymania wadium.

6. Gwarancja wygasa po upływie okresu jej ważności, a także w następujących przypadkach:
1) z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej ważności,
2) przez zwolnienie InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group przez Beneficjenta gwarancji z zobowiązania wynikającego z gwarancji,
3) po wypłacie przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group pełnej kwoty gwarancji,

7. Prawa z niniejszej gwarancji nie mogą być przedmiotem przelewu bez uprzedniej pisemnej zgody InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group, pod rygorem nieważności.
8. Niniejsza gwarancja podlega zwrotowi do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group niezwłocznie po jej wygaśnięciu.
9. Wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich

Izba ustaliła również, że:

Pismem z dnia 17 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium, zakreślając ostateczny termin na dokonanie ww. czynności do dnia 24 listopada
2017 r.

W toku rozprawy Odwołujący potwierdził, że otrzymał ze strony Zamawiającego ww. pismo ale nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie przedłużył terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium, którego termin ważności upływał w dniu 24 listopada 2017 r.

W toku rozprawy Odwołujący złożył następujące dowody:

1. Wnioski uproszczone o udzielenie gwarancji zapłaty wadium w ramach umowy generalnej z dnia 21 września 2017 r., w których jako Zobowiązanego – wnioskodawcę wskazano: „ZBM INWESTOR ZASTĘPCZY S.A. z siedzibą w 03-215 WARSZAWA, przy ul. JAGIELLOŃSKA 88,B.51BC/LOK. 36 który działa w imieniu konsorcjum, w skład którego wchodzi:
a) ZBM Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88,B, 51 BC, lok.36, 03-215 Warszawa - Lider Konsorcjum;
b) ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (22-400), przy ul. Jana Kiepury 6 - Partner Konsorcjum;
c) PROMOST CONSULTING Sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Rzeszowie (35-307 Rzeszów) ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4 — Partner konsorcjum.

   Powyższe wnioski uproszczone dotyczyły następujących przedsięwzięć:
   1. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie pn.: Kontraktami „Zaprojektowanie i drogi budowa ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Lasy Janowskie” do węzła „Nisko Południe” z podziałem na trzy zadnia: Zadanie „A” od węzła „Lasy Janowskie” (bez węzła) do węzła „Zdziary" (z węzłem) o długości około 9,3 Inn; Zadanie „B” od węzła: Zdziary” (bez węzła) do węzła „Rudnik nad Sanem” (bez węzła) o długości około 9 km; Zadanie „C” od węzła „Rudnik na Sanem" (z węzłem) do węzła „Nisko Południe” (z węzłem) o długości około 6 km”.
   2. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: Kontrakt 1 — „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe" (bez węzła) do węzła „Podgórze" (bez węzła na długości 11,5 km oraz Kontrakt 2 - „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Podgórze” (z węzłem) do węzła: Kamień (bez węzła) o długości około 10,5 km".
   3. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem: Zaprojektowanie i budowa S19 od węzła Kamień (z węzłem) do węzła Sokołów Małopolski Północ (z węzłem) dł. 7,9 km”.

2. Korespondencję z dnia 4 sierpnia 2017 r. oraz 21 września 2017 r., w formie e-mail, pomiędzy Panią A. N. – pracownikiem ZBM a Panią A. W. –

przedstawicielem firmy Mentor S.A. Odział w Warszawie. W treści korespondencji jako temat podano: „InterRisk wadium S19 Lasy Janowskie-Nisko na 26.09.2017”.

3. Oświadczenie z dnia 22 listopada 2017 r. podmiotu: InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, dotyczące gwarancji wadialnej nr 02GG09/00389/17/0049 z dnia 21.09. 2017 r. W treści oświadczenia podano: „Niniejszym potwierdzam, że Ubezpieczeniowa Gwarancja Zapłaty Wadium Nr 02GG09/0389/17/0049 z dnia 21.09.2017r. dot.: "Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Kamień” (z węzłem) do węzła „Sokołów Małopolski Północ" (z węzłem) o długości około 7,9 km” obejmuje zobowiązania całego Konsorcjum, tj.:
ZBM INWESTOR ZASTĘPCZY SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie (03-215), przy ul. Jagiellońskiej lok. 36 działającego w imieniu konsorcjum firm:
a) ZBM Inwestor Zastępczy S.A., ul. Jagiellońska 88,B, 51 BC, lok.36, 03-215 Warszawa „Lider Konsorcjum;
b) ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (22-400), przy ul. Jana Kiepury 6 - Partner Konsorcjum;
c) PROMOST CONSULTING Sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Rzeszowie (35-307 Rzeszów) ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4 — Partner konsorcjum”.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert,

mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołującemu nie przysługiwał środek ochrony prawnej w postaci odwołania, z uwagi na brak przedłużenia terminu związania ofertą a także upływ terminu ważności wadium.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 (ust.2).

Izba wskazuje, że zgodnie z ugruntowana linia orzeczniczą Izby badanie spełnienia przesłanek, uprawniających wykonawcę do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania, jest dokonywane na dzień wniesienia przez wykonawcę odwołania. W rozpoznawanej sprawie odwołanie zostało wniesione w dniu 24 listopada 2017 r. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że w tej dacie Konsorcjum pozostawało w terminie związania ofertą jak również nie wygasł jeszcze termin gwarancji wadialnej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o oddalenie odwołania z uwagi na brak możliwości skorzystania przez Konsorcjum - na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp, - ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Wobec powyższego Izba rozpoznała merytorycznie zarzuty podniesione w odwołaniu i po dokonaniu ich oceny stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

19

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez należy, że Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Według art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp wadium może być wnoszone w gwarancjach ubezpieczeniowych.

Natomiast przepis art. 23 ust. 1 Pzp stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2). Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 (ust. 3).

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba, po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie stwierdziła wystąpienie okoliczności, powodujących konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, ponieważ złożona przez Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa, stanowiąca wadium w ocenie Izby wadium nie zostało wniesione przez Odwołującego prawidłowo i nie zabezpiecza sposób dostateczny interesu Zamawiającego.

W zakresie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania konieczne jest odniesienie się przez Izbę do zagadnienia zasadzającego się na tym, czy w omawianym stanie faktycznym wystarczającym jest, aby gwarancja ubezpieczeniowa była wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który został prawidłowo umocowany do działania na rzecz pozostałych konsorcjantów, nawet jeżeli w treści gwarancji nie ma wprost odwołania do tego, że występuje on w konsorcjum i na rzecz pozostałych członków konsorcjum. Zgodzić się należy ze Stronami oraz Przystępującym, że w powyżej

20

---

kwestii linia orzecznicza Izby nie jest jednolita. Również orzecznictwo sądów okręgowych jest rozbieżne.

W rozpoznawanej sprawie przeważająca część Składu orzekającego stanęła na stanowisku, że treść gwarancji wadialnej musi co najmniej wskazywać, że dotyczy ona wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (składających wspólną ofertę). Argumentacja, która legła u podstaw takiego rozumowania Izby jest zbieżna z tą, wyrażoną w wyroku Izby z dnia 12 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2052/17 i KIO 2076/17, w którym stwierdzono: „Odnosząc *się do samej gwarancji wskazać należy, iż gwarancja bankowa jest umową wktórej 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, przekazanym. Oznacza to, że bank gwarant może podnosić wobec zamawiającego zarzuty z treści przekazu, a wtym 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 Odwołujących 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 oto 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, wierzytelności, 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 tez niezasadnym zdaniem Izby jest stanowisko Odwołujących, że dla wystawcy gwarancji nie ma znaczenia, czy wystawiając gwarancje wadialną zabezpiecza udział w postepowania 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 (zleceniodawcy 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 uchylenia 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 odniesienie się do przywoływanych w odwołaniach cech którymi charakteryzuje się gwarancja wadialna, tj. iż jest abstrakcyjna, nieodwołalna, bezwarunkowa 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 niewątpliwe 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 Odwołujących 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 postepowaniu 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. (…)

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.

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 miałaby 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 wart. 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 wykonawcówspośród wielu ubiegających się o udzielenie zamówienia powoduje, że gwarant, ma możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej wszczególności wsytuacji, kiedy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją tylko po stronie podmiotu, innego niż wymieniony wtreści gwarancji. Już tylko wystąpienie samej „możliwości" gwaranta wuchyleniu się od zapłaty kwoty wadium czyni wypłatę tego wadium zdarzeniem niepewnym. Tym samym odmiennym wsposób znaczący, od płynności i pewności wadium wniesionego wformie pieniężnej na rachunek bankowy zamawiającego.(…).

Zdaniem Izby, wykonawcy występujący wformie konsorcjum muszą mieć świadomość, że gwarancja wadialna wystawiona wyłącznie na jednego członka

konsorcjum może się okazać bezskuteczna wsytuacjach, wktórych zamawiający będzie chciał z niej skorzystać z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta nieobjętego gwarancją, a wtedy zamawiający może zostać pozbawiony ochrony, gdyż nie będzie mógł skorzystać z ustanowionego zabezpieczenia.

Pomimo niejednolitego stanowiska Izby w omówionym powyżej zakresie Izba zgodnie doszła do przekonania, że na kanwie rozpoznawanego stanu faktycznego oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, ponieważ brak wskazania w treści gwarancji ubezpieczeniowej wykonawców wspólnie składających ofertę powoduje niemożność przypisania wadium do oferty Odwołującego.

Otóż w toku rozprawy Odwołujący wyjaśniał, że pierwotnie wykonawca ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie zamierzał ubiegać się samodzielnie o zamówienie, dlatego też w już w sierpniu 2017 r. został przez tego wykonawcę złożony wniosek do firmy InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group, dotyczący udzielenia gwarancji wadialnej. Następnie Odwołujący twierdził, że wykonawca zmienił zdanie i postanowił ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcami: ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu oraz PROMOST CONSULTING Sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Rzeszowie, co potwierdza ustanowienie pełnomocnika w dniu 20 września 2017 r. W związku z tym w dniu 21 września 2017 r. dokonano uaktualnienia wniosku uproszczonego o udzielenie gwarancji zapłaty wadium w ramach umowy generalnej, który to wniosek został przesłany do ubezpieczyciela, który w tym samym dniu wystawił wadialną gwarancję ubezpieczeniową. W treści ww. gwarancji wskazano jedynie wykonawcę ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, z pominięciem pozostałych członków konsorcjum, ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy przede wszystkim wskazać należy na wątpliwości związane z tym, czy złożona przez Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa, która została wystawiona jedynie na wykonawcę ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, może być jednoznacznie przypisana do oferty Konsorcjum i czy ofertę tę w sposób właściwy zabezpiecza.

Wątpliwości powyższe potęguje fakt, że w toku rozprawy Strony zgodnie potwierdziły, że w ramach pozostałych postępowań (różne części w ramach tego samego odcinka drogi), w których występowały wspólnie te same podmioty, w których zostały złożone, opisane powyżej wnioski uproszczone o udzielenie gwarancji zapłaty wadium, ubezpieczyciel jedynie w treści gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 21 września 2017 r. Nr 02GG09/0389/17/0049 wskazał jako jedynego wykonawcę ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie, całkowicie pomijając fakt występowania w tym postępowaniu dwóch partnerów. Podczas gdy - jak twierdził Zamawiający, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący - w pozostałych gwarancjach ubezpieczeniowych (w opisywanych powyżej postępowaniach w innych częściach), które zostały wydane prawie w tej samej dacie,

bo w dniach: 21 i 22 września 2017 r. i podpisane przez tą sama osobę ze strony ubezpieczyciela wprost wymieniono wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum. Z powyższego jasno wynika, że ubezpieczyciel wystawiając ww. dokumenty gwarancji zróżnicował treść gwarancji w aspekcie podmiotów, objętych niniejszą gwarancją. W ocenie Izby, powyższego nie może obecnie uzupełnić treść oświadczenie firmy InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Groupa,z dnia 22 listopada 2017 r., gwarancji gdyż Zamawiający dokonując badania i oceny treści wadialnej ubezpieczeniowej nie był w posiadania tego dokumentu.

W tym miejscu należy odwołać się także do treści korespondencji w formie e-mail, którą w toku rozprawy przedstawił Odwołujący. Po pierwsze należy zwrócić uwagę, że w temacie korespondencji podano nazwę innego postępowania niż rozpoznawane, tj. „InterRisk wadium S19 Lasy Janowskie-Nisko na 26.09.2017".

Jednak nawet gdyby uznać za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego, że pracownik wpisał taki, a nie inny temat, a następna korespondencja jest jedynie odpowiedzią, „odbiciem" na pierwszego e-maila to ww. korespondencja nie jest korespondencją prowadzoną pomiędzy wykonawcą ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie a ubezpieczycielem, tj. firmą InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Groupa, a jedynie korespondencją z brokerem ubezpieczeniowym, tj. firmą Mentor S.A. Odział w Warszawie. W związku w tym, w ocenie Izby, nie można przesądzić, że wszystkie informacje, dokumenty

(np. wnioski) przekazane brokerowi zostały przekazane w odpowiednim terminie ubezpieczycielowi. Izba wskazuję, że brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających opisane powyżej okoliczności. W związku z powyższym nie można z całą pewnością potwierdzić, że ubezpieczyciel wystawiając w dniu 21 września 2017 r. dokument gwarancyjny był w posiadaniu zmienionego wniosku, ponieważ podobnie jak gwarancja ubezpieczeniowa wniosek uproszczony został opatrzony datą „21 września 2017 r." i przesłany przez wykonawcę ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie do brokera dopiero w dniu 21 września 2017 r. około godz. 15.14. Nie sposób również pominąć, że w treści gwarancji ubezpieczeniowej jako wnioskodawcę wskazano jedynie wykonawcę ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie.

W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga, że ocena, czy wniesione przez wykonawcę wadium odpowiednio zabezpiecza interes Zamawiającego, a tym samym czy pozwala na uznanie, że wadium zostało skutecznie wniesione, powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności sprawy oraz treści przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej.

W rozpoznawanej sprawie Izba doszła do przekonania, że opisane powyżej okoliczności sprawy wskazują, na sytuację, w której wadium wniesione przez Odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 21 września 2017 r. nie zabezpiecza w odpowiedni sposób interesu Zamawiającego, a tym samym nie pozwala na uznanie, że wadium zostało skutecznie wniesione. Konsekwencją powyższego jest konieczność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Odnosząc się zaś do stanowiska Zamawiającego, prezentowanego w toku rozprawy, opierającego się na tym, że nawet gdyby Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp to nie miałoby ono wpływu na wynik postepowania, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ Odwołujący na wezwanie Zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą a także wygasł termin ważności złożonego przez niego wadium, Izba stwierdziła, że należy uznać je za chybione. Izba zwraca uwagę, że czynność odrzucenia odwołania mieści się w katalogu czynności dokonywanych przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w toku rozprawy złożył deklaracje jej dokonania i zapewne

będzie ona zrealizowana, ale póki co nie została jeszcze przez Zamawiającego wykonana. W związku z tym mam jedynie charakter czysto hipotetyczny.

W zakresie rozpoznawanych zarzutów Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający stosował odmienne zasady oceny gwarancji wadialnych, wnoszonych przez innych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bądź też stosował odmienne reguły w odniesieniu do wykonawców występujących samodzielnie bądź wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 23 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp a także art. 7 ust. 1 Pzp co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

…….. ……..
……..