Sygn. akt: KIO 3858/24

WYROK
z dnia 6 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 listopada 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 października 2024 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) D.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: LONG.PL DOMINIK PARZYDŁO z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.M. z siedzibą w Warszawie (Partner)** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział w Gliwicach**
przy udziale **Przystępującego - OPTEAM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1.Oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) D.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: LONG.PL DOMINIK PARZYDŁO z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.M. z siedzibą w Warszawie (Partner)** w następujący sposób**:**
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od Odwołującego – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) D.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: LONG.PL DOMINIK PARZYDŁO z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.M. z siedzibą w Warszawie (Partner)** na rzecz Zamawiającego – **TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział w Gliwicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:
……
Członkowie:
……
……..

KIO 3858/24

UZASADNIENIE

TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna Oddział w Gliwicach (dalej jako „Zamawiający") na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2024r., poz. 1320 ze zmianami, dalej jako „ustawa Pzp"), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie systemu MPLS-TP w TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Gliwicach". Ogłoszenie o ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku zamówieniu: Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lipca 2024 r. pod numerem: 404192-2024, numer wydania Dz.U. S: 131/2024.

Dnia 18 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:
(1) D.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: LONG.PL DOMINIK PARZYDŁO z siedzibą w Warszawi (Lider) oraz (2) M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.M. z siedzibą w Warszawie (Partner), dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono na czynności Zamawiającego z dnia 8 października 2024 r. polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy OPTEAM Spółka Akcyjna oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo że oferta konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia i stanowi najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu.
Zamawiający w ocenie Odwołującego naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:
1)art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp;
2)art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Konsorcjum z powołaniem się na fakt, że wadium wniesione celem zabezpieczenia oferty nie zabezpiecza właściwie interesów Zamawiającego i nie jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, mimo że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, zabezpiecza właściwie interesy Zamawiającego i jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty złożonej przez Konsorcjum

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty OPTEAM jako najkorzystniejszej;
2)unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp;
3)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum.

Termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) w zw. z art. 509 ustawy Pzp został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a także interes
w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwych czynności Zamawiającego, tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty OPTEAM, Wykonawca utracił możliwość uzyskania zamówienia, mimo że oferta Konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia i najkorzystniejsza oraz nie podlega odrzuceniu. W następstwie czynności Zamawiającego Odwołujący może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia. Nieuzyskanie zamówienia może spowodować szkodę w majątku Odwołującego.
Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp podając następujące uzasadnienie:
„Wykonawca wniósł wadium w formie Gwarancji ubezpieczeniowej. Z dokumentu gwarancji wynika, że obejmuje ona odpowiedzialność za zachowanie wyłącznie „Zobowiązanego",
tj. LONG.PL D.P. (lider). W dokumencie nie zaznaczono, by działał on także
w imieniu i na rzecz K.M. (członek), z którym w ramach konsorcjum złożył ofertę w postępowaniu. Złożone wadium tym samym nie zabezpiecza właściwie interesów Zamawiającego i nie jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia".

Tymczasem, jak wynika z treści gwarancji wadialnej, wadium zostało wniesione
w sposób prawidłowy. Zgodnie z treścią gwarancji wniesionej przez Konsorcjum, jako zobowiązanego z gwarancji wskazano Pana D.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LONG.PL D.P. z siedzibą w Warszawie, ul. Poprawna 144B/2, 03-984 Warszawa, NIP: 1132025150, REGON: 141036916. Jednocześnie, jak wynika z treści pełnomocnictwa udzielonego przez członków Konsorcjum Panu Dominikowi Parzydło, jest on umocowany do działania w imieniu i na rzecz Konsorcjum, w tym do wniesienia wadium lub innego zabezpieczenia wymaganego przez Zamawiającego. Z treści pełnomocnictwa
z dnia 29 lipca 2024 roku złożonego wraz z ofertą wynika, że:
„W szczególności pełnomocnik umocowany jest do:
a)Przygotowania, parafowania, podpisania i złożenia w imieniu i na rzecz Wykonawców oferty wraz z załącznikami (w tym wszelkich wymaganych przez Zamawiającego dokumentów) oraz wprowadzania zmian do oferty przed upływem terminu składania ofert

(….)
f)wniesienia wadium lub innego zabezpieczenia wymaganego przez Zamawiającego".

Dodatkowo, gwarancja wadialna została wystawiona na podstawie wniosku z dnia 9 sierpnia 2024 r. oraz kolejnego wniosku (modyfikującego daty obowiązywania gwarancji z dnia 23 sierpnia 2024 r.), które to wnioski dotyczą (wymieniają) obu Konsorcjantów. Oba wnioski były podstawą wystawienia gwarancji wadialnej. Jednym z załączników do wniosku była umowa konsorcjum. Z wniosku podpisanego przez Pana D.P. w dniu 9 sierpnia 2024 r. wynika w szczególności, że o wystawienie gwarancji występuje Konsorcjum.

Z powyższego wynika, że UNIQA miała pełną świadomość, podczas wystawiania gwarancji wadialnej, że gwarancja dotyczy obu członków Konsorcjum i jest składana
w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Pan D.P. wraz ze swoim konsorcjantem (Panem Mariuszem Budzikowskim), planują złożyć ofertę. Ubezpieczyciel w szczególności miał wgląd do umowy konsorcjum, która szczegółowo regulowała stosunki pomiędzy Konsorcjantami a także fakt, że umowa zawierana jest w celu złożenia oferty w postępowaniu. Z treści umowy Konsorcjum wynika bowiem jakie podmioty będą razem ubiegały się o przedmiotowe zamówienia oraz, że celem Konsorcjum jest wspólne uczestnictwo w przetargu, a w szczególności przygotowanie i złożenie oferty, a w przypadku wygrania przetargu – zawarcie kontraktu.

Ponadto, nazwa postępowania oraz jego numer zostały wskazane w treści gwarancji. Na dowód faktu, że wniosek przekazany Ubezpieczycielowi zawiera wskazywaną treść jako załącznik do odwołania złożono treść wniosku.

Ubezpieczyciel (gwarant) nie miał zatem żadnych wątpliwości co do zakresu swojego świadczenia ani co do katalogu osób zobowiązanych z wystawionej gwarancji. Powyższe zostało potwierdzone przez UNIQA w oświadczeniu z dnia 10 września 2024 r., które to oświadczenie Konsorcjum uzyskało celem dodatkowego potwierdzenia, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, że wystawiona przez UNIQA gwarancja jest gwarancją prawidłowo wystawioną. Zgodnie z treścią oświadczenia:

„gwarancja dotycząca przetargu pn.: „Dostawa, montaż i uruchomienie systemu MPLSTP
w Tauron Dystrybucja S.A Oddział w Gliwicach"; nr referencyjny postępowania: PZP/TD-OGL/04377/2024, obejmuje
odpowiedzialnością dwóch Konsorcjantów:
Lider Konsorcjum wymieniony w treści Gwarancji: LONG.PL D.P., 03-984 Warszawa, ul. Poprawna 144B/2, NIP
1132025150, REGON: 141036916,
oraz
Partner Konsorcjum: KAMITEL M.B., ul. Strumykowa 6A/38, 03-138 Warszawa, NIP: 1131988024, REGON: 36886130
Gdyż Zobowiązani wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego i wspólnie ponoszą solidarną
odpowiedzialność za wykonanie obowiązków związanych ze złożeniem oferty i wniesieniem wadium."

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Konsorcjum wynika, że jedyną stwierdzoną przez Zamawiającego przesłanką nieprawidłowości wadium był fakt, że *„z dokumentu gwarancji wynika, że obejmuje ona odpowiedzialność za zachowanie*
wyłącznie „Zobowiązanego",
tj. LONG.PL D.P. (lider). W dokumencie nie zaznaczono by działał on także
w imieniu i na rzecz K.M. (członek), z którym w ramach konsorcjum złożył ofertę w postępowaniu."

Tymczasem, sam fakt niewskazania w treści gwarancji, że Pan D.P. działa w imieniu konsorcjum, nie mógł przesądzić automatycznie o jej ewentualnej wadliwości. W ocenie Konsorcjum, Zamawiający zaniechał wykładni treści gwarancji wadialnej na podstawie art. 65 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym *„oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje"* a *„w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu"* i dokonał oceny w sposób rutynowy, a nie zindywidualizowany, a zatem wbrew dyrektywom zawartym m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 38/22.

Zamawiający powinien był wziąć pod uwagę następujące aspekty faktyczne i prawne, badając i oceniając ofertę w odniesieniu do treści gwarancji. Składają się one w całości na proces wykładni treści gwarancji oraz jej ocenę w sposób zindywidualizowany i prowadzą do jednoznacznego wniosku, że oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp.

1.pełnomocnictwo do wniesienia wadium wymaganego przez Zamawiającego

Zgodnie z treścią pełnomocnictwa dołączonego do oferty, lider Konsorcjum – Pan D.P. – był umocowany do „wniesienia wadium lub innego zabezpieczenia wymaganego przez Zamawiającego".

Wadium zostało wniesione właśnie przez lidera Konsorcjum – zgodnie z załączonym do oferty pełnomocnictwem. Jednocześnie w treści SWZ brak było zakazu wniesienia wadium przez wspólnika konsorcjum.
„Wniesienie wadium" było zatem uprawnieniem przysługującym tylko jednemu z członków Konsorcjum – w tym przypadku liderowi. Gwarancja nie musiała zatem w swojej treści wymieniać wszystkich konsorcjantów. Potwierdzenie powyższego wynika a contrario z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2020 r. sygn. akt KIO 590/20.

2.brak zakazu wniesienia wadium przez jednego członka konsorcjum

W SWZ co prawda zabrakło wyraźnego postanowienia dopuszczającego wniesienie wadium przez jednego z

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jednak brak było również zakazu takiego działania. Skoro takiego zakazu zabrakło, w świetle aktualnego stanu prawnego i orzecznictwa należy uznać, że pełnomocnictwo do wniesienia wadium udzielone jednemu z konsorcjantów było skuteczne i uprawniało lidera Konsorcjum do wniesienia gwarancji nie wymieniającej w swojej treści obu członków Konsorcjum. Zamawiający powinien mieć świadomość, że wykonawcy będą rozumieli literalnie postanowienia SWZ, a wobec braku wskazania wprost w SWZ, że wadium nie może być wniesione przez wspólnika konsorcjum, nie można zgodzić się z poglądem, że gwarancja wadialna powinna wymieniać wszystkich konsorcjantów.

3.abstrakcyjny charakter zobowiązania

Jak wynika z wyroku KIO z dnia 8 grudnia 2020 r., KIO 2978/20:*„Gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, "oderwanym"*

i niezależnym od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Istotne jest to, aby gwarancja prawidłowo wskazywała zamawiającego oraz postępowanie, w jakim wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń opisanych treści gwarancji."

Powyższe spostrzeżenie jest niezwykle istotnym punktem wyjścia przy ocenie charakteru zobowiązania, które wynika ze złożonej przez Odwołującego gwarancji. Jak wynika ze stanu faktycznego, gwarancja prawidłowo wskazuje Zamawiającego oraz postępowanie.

4.orzecznictwo Sądu Najwyższego

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego, nawet jeśli gwarancja

w swojej treści nie wymienia wszystkich członków konsorcjum, to wciąż może skutecznie zabezpieczać ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Przykładowo należy wskazać na wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (aktualnie art. 98 ust. 6 ustawy Pzp), to wówczas dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, decydujące znaczenie powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie":

„Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU [obecnie art. 98 ust. 6 ustawy Pzp – przyp. Odwołującego], decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie" (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ZamPublU). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 KC (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego

w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada".

Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty." W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne (…)."

Co istotne, w SWZ brak jest zastrzeżenia, że gwarancja wadialna musi wymieniać wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Brak jest jakichkolwiek ograniczeń odnośnie do treści gwarancji sformułowanych przez Zamawiającego. Tym samym aktualny pozostaje pogląd, że odpowiedź pozytywna na pytanie, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada" warunkuje uznanie, że gwarancja jest prawidłowa.

Zwrócenia uwagi wymaga szczególna okoliczność, że w stanie faktycznym,

w warunkach którego został wydany cytowany wyrok, gwarant w ogóle nie został poinformowany o tym, że wykonawca działa w ramach konsorcjum: *„(W razie odpowiedzi pozytywnej…) Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym,*

że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia),
a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta."
5.orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej

W wyroku z dnia 22 grudnia 2020 r., KIO 3208/20 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż fakt, że w treści gwarancji wadialnej został wskazany tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie przesądza, że w przypadku, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium będzie leżeć po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie wskazanych w gwarancji wadialnej, gwarant odmówi zapłaty kwoty wadium.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest co do zasady zgodne, że złożenie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia, wystawionej na rzecz jednego tylko z wykonawców, jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Z analizy orzecznictwa wynika jednak, że powyższy wniosek można wyprowadzić pod pewnymi warunkami. Przy czym warunki te w stanie faktycznym sprawy zostały spełnione:
1)fakt istnienia przedwstępnej umowy o utworzeniu konsorcjum – w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 361/20 odwołujący przedstawił taką umowę wraz
z odwołaniem. Tymczasem umową konsorcjum (przy czym jest to już zawarta umowa, a nie tylko umowa przedwstępna) dysponuje również Konsorcjum w postępowaniu. Została ona również przedłożona UNIQA w procesie ubiegania się o wystawienie gwarancji;
2)oświadczenie ubezpieczyciela, że miał świadomość tego, iż zobowiązany z gwarancji bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z innymi podmiotami
i w sytuacji, gdy podstawę żądania zapłaty wadium będzie stanowiła okoliczność leżąca po stronie jednego z członków konsorcjum, niewymienionego wprost w treści gwarancji to ubezpieczyciel nie odmówi zapłaty wadium – przedstawione w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 361/20; takie oświadczenie przedstawiono wraz z odwołaniem. Jednak zdaniem Odwołującego nie jest ono w ogóle wymagane, ponieważ treść gwarancji wskazuje na nazwę i numer postępowania. Ponadto, do wniosku o udzielenie gwarancji została dołączona umowa Konsorcjum z której jednoznacznie wynika, że Konsorcjum zostało zawiązane celem złożenia oferty w postępowaniu. Oświadczenie przedstawiono jednak
z ostrożności procesowej, celem wykazania spełnienia również i tej przesłanki.
3)wystawienie gwarancji na rzecz jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum (tak m.in. również wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., II CA 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r., IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., XXII Ga 1313/15) – jak wynika z treści pełnomocnictwa przedstawionego wraz z ofertą, Pan D.P., na rzecz którego została wystawiona gwarancja, jest umocowany do działania
w imieniu i na rzecz Konsorcjum, w tym do wniesienia wadium lub innego zabezpieczenia wymaganego przez Zamawiającego.
4)istnienie okoliczności, z których wynika, że ubezpieczyciel miał świadomość, wystawiając gwarancję, o istnieniu konsorcjum – w wyroku KIO 3493/20 Izba podzieliła pogląd SN, że decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie". Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko Sądu Najwyższego jednoznacznie przesądza o tym, że dla oceny skuteczności wniesionego wadium istotne są konkretne okoliczności, w których zostało ono pozyskane przez wykonawcę od gwaranta na rzecz beneficjenta - zamawiającego. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 grudnia 2020 r., KIO 3208/20. Bezsprzecznym jest, że takie okoliczności w opisywanym stanie faktycznym zaistniały. Odwołujący w szczególności wskazał na fakt udostępnienia Ubezpieczycielowi umowy Konsorcjum, wskazanie członków Konsorcjum we wniosku o udzielenie gwarancji, czy wreszcie fakt wskazania nazwy i numeru postępowania w udzielonej gwarancji;
5)brak zastrzeżenia w treści gwarancji, że gwarant odmówi zapłaty w sytuacji, gdy oferta zostanie złożona wspólnie z innym wykonawcą (KIO 3493/20) – takiego zastrzeżenia brak również w treści rozpatrywanej gwarancji. Gwarancja została udzielona z pełną świadomością Ubezpieczyciela, że dotyczy Konsorcjum.
W podsumowaniu Odwołujący podkreślił, że jego zaskoczenie budzi fakt, że Zamawiający, mimo braku sformułowania jakichkolwiek szczegółowych oczekiwań odnośnie do treści wadium na etapie postępowania, obarcza Konsorcjum negatywnymi konsekwencjami braku spełnienia tych niewyartykułowanych wcześniej wymagań. Próżno w ustawie Pzp czy też ustawie Kodeks cywilny, stosowanej na zasadzie art. 8 ustawy Pzp, szukać przepisów sankcjonujących taki

sposób wystawienia gwarancji, jaki miał miejsce w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający miał możliwość doprecyzowania na etapie SWZ szczegółowych oczekiwań w stosunku do treści wadium, w tym wadium dotyczącego wykonawców działających wspólnie. Takie szczegółowe oczekiwania mogłyby stać się przedmiotem postępowania odwoławczego bądź też spowodowałyby indywidualne podejście wykonawców do kwestii wadium, skutkując uzyskaniem takich gwarancji, które odpowiadają specyficznym, wyartykułowanym wcześniej wymogom Zamawiającego, nie wynikającym z przepisów czy orzecznictwa. Zamawiający jednak nie skorzystał z takiej możliwości. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, czy też że nie zabezpiecza właściwie interesów Zamawiającego i nie jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Takie zabezpieczenie jest niezaprzeczalne i ewidentnie wynika z treści samej gwarancji oraz złożonych dowodów. Zaprzeczenie powyższemu doprowadziłoby do zignorowania wszystkich okoliczności przemawiających za uznaniem gwarancji za skutecznie złożoną, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek przesłanek do odrzucenia oferty z powołaniem się na rzekome usterki w udzielonej gwarancji.

Nie bez znaczenia przy ocenie oferty Konsorcjum jest także różnica pomiędzy ceną tej oferty, a ceną oferty wybranej przez Zamawiającego: 712 059,30 zł. Mając na uwadze tak znaczną różnicę, odrzucenie oferty Konsorcjum jawi się dodatkowo jako działanie sprzeczne z zasadami racjonalnego dokonywania wydatków publicznych. W świetle bowiem obowiązku nałożonego na Zamawiającego wynikającego z treści z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1270 ze zm.):

„3. Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1)w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a)uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b)optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

2)w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

3)w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.”

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę
w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy i odrzucenie oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego
i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca OPTEAM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego i w złożonym piśmie procesowym także wskazywał na niezasadność zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przywołał zapisy istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, w tym zapisy spornej gwarancji, nie zachodziła więc konieczność ich powielania.

Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania odwołania uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą,
z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

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

Na podstawie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga, że stosunek prawny gwarancji ubezpieczeniowej nie został przez ustawodawcę uregulowany wprost w sposób oddający jego źródło, elementy istotne, treść i formę. Gwarancja ubezpieczeniowa jako jeden

z dopuszczalnych przejawów aktywności ubezpieczycieli została przewidziana w art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz. U. z 2024, poz. 838 ze zm.). Wskazać należy, iż z uwagi na podobieństwo charakteru, celu i znaczenia, konstrukcja prawna gwarancji przedstawia się analogicznie do konstrukcji gwarancji bankowej (art. 81 ustawy Prawo bankowe), a sytuacja ubezpieczyciela jako gwaranta przedstawia się analogicznie do sytuacji banku udzielającego gwarancji. W relacji pomiędzy gwarantem, a zleceniodawcą gwarancji nawiązanie stosunku prawnego gwarancji może nastąpić w ramach ogólnej swobody kontraktowania w rozumieniu art. 353(1) k.c. Z kolei w relacji pomiędzy gwarantem a beneficjentem gwarancji nawiązanie stosunku prawnego gwarancji następuje poprzez złożenie przez ubezpieczyciela jednostronnego oświadczenia woli o udzieleniu uprawnionemu takiej gwarancji. Beneficjent może domagać się spełnienia stosownego świadczenia bezpośrednio od ubezpieczyciela po złożeniu mu oświadczenia o odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie (tzw. pierwsze żądanie). Złożenie żądania zapłaty o odpowiedniej treści i z odpowiednimi dokumentami w przewidzianym w umowie gwarancji czasie od powstania wypadku gwarancyjnego oraz w okresie ważności gwarancji może być jedną z przesłanek powstania odpowiedzialności gwaranta.

W judykaturze wskazuje się, że w umowie gwarancji bank może zastrzec nie tylko określoną treść kierowanego wobec niego żądania wypłaty sumy gwarancyjnej, ale także dodatkowe postanowienia. Takie dodatkowe postanowienia umowy gwarancyjnej mogą służyć pewniejszemu wykazaniu wystąpienia zdarzeń objętych gwarancją oraz identyfikowaniu podmiotu uprawnionego do wypłaty sumy gwarancyjnej. W szczególności więc w treści umowy gwarancji bankowej mogą się znaleźć szczegółowe postanowienia dotyczące treści i sposobu zgłoszenia gwarantowi żądania, jako niezbędne wymagania powstania skutecznego roszczenia o wypłatę sumy gwarancyjnej. Takie dodatkowe postanowienia, wymagające odpowiedniej aktywności beneficjenta, muszą zostać wykonane dla uruchomienia bezwarunkowego obowiązku świadczenia ze strony banku (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2013 r., sygn. akt II CSK 670/12).

W przedmiotowej sprawie nie było sporne między Stronami, że w złożonej Zamawiającemu gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez UNIQA nie wymieniono jako „Zobowiązanego" członka konsorcjum. Należy zatem udzielić odpowiedzi na pytanie, czy taki brak świadczy o wadliwości gwarancji.

Izba podziela i przyjmuje za własny, szeroko przedstawiony i cytowany w pismach procesowych Zamawiającego i Przystępującego dorobek orzecznictwa i doktryny, z którego wynika, że gwarancję można uznać za wniesioną w prawidłowej formie tylko wtedy, gdy odpowiednio zabezpiecza ona interesy zamawiającego, czyli stanowi podstawę do żądania od gwaranta wypłaty sumy gwarancyjnej, niezależnie od tego, który z podmiotów wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do zaistnienia przesłanek skutkujących zatrzymaniem wadium. Przyjęcie takiego stanowiska rodzi następnie konieczność dokonania analizy, czy na podstawie przedstawionej gwarancji, Zamawiający mógł w jakikolwiek sposób wywieść z treści gwarancji, że obejmuje ona działania i zaniechania kilku podmiotów tworzących konsorcjum. Na tak postawione pytanie w przedmiotowej sprawie udzielić należy odpowiedzi negatywnej.

Dalej dostrzeżenia wymaga, co także szczególnie podkreśla się w orzecznictwie i na co szczególny nacisk kładzie stanowisko doktryny, że charakter, istnienie, a także zakres zobowiązania określa treść umowy gwarancyjnej, ponieważ czynność wystawienia gwarancji uznawana jest za czynność abstrakcyjną i nieakcesoryjną. Tym samym to treść przedstawionej zamawiającemu gwarancji ma najistotniejsze znaczenie, zaś treść tę należy odczytywać przy zastosowaniu wąsko rozumianej wykładni literalnej. W gwarancji złożonej przez Odwołującego jako „Zobowiązanego" wymieniono jedynie Pana D.P.. Zdaniem Izby treść wniosku o wystawienie gwarancji nie decyduje o zakresie podmiotowym zobowiązanych z gwarancji. Istotnie, we wniosku o wystawienie gwarancji, Lider konsorcjum wskazał, że ubiega się o zamówienie z innym podmiotem w ramach konsorcjum. Jednak to oświadczenie Lidera nie przełożyło się na treść gwarancji. Z drugiej strony zauważyć także należy, iż sam wniosek nie został ujawniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie został on złożony Zamawiającemu wraz z gwarancją. Wobec tego jego treść nie mogła przesądzić o prawidłowości ustalenia podmiotów zobowiązanych z gwarancji.

Co najwyżej można stwierdzić, że gwarancja została wystawiona niezgodnie ze złożonym wnioskiem, jednak to nie zmienia sytuacji Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy gwarant zobowiązuje się wziąć odpowiedzialność za działania i zaniechania grupy wykonawców, to musi to znaleźć odzwierciedlenie w treści samej gwarancji. W tym postępowaniu klarownie określono w gwarancji, że za *„Zobowiązanego"* Gwarant uznaje Lidera konsorcjum. W procesie badania i oceny ofert Zamawiającemu nie przedstawiono więc dokumentów, na podstawie których mógłby on wnioskować o objęciu gwarancją obu podmiotów tworzących konsorcjum. Także w składanych Zamawiającemu aneksach przedłużających ważność gwarancji sytuacja ta nie uległa zmianie. W toku całego postępowania o udzielenie zamówienia podmiot odpowiedzialny z gwarancji był określany w ten sam sposób i ta identyfikacja obejmowała jedynie Lidera konsorcjum.

W przypadku złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem i na rozprawie dodatkowych oświadczeń samego Towarzystwa UNIQA oraz agenta ubezpieczeniowego, przez którego działał Lider, stanowiących, że odpowiedzialnością gwaranta objęte są także działania i zaniechania członka konsorcjum, Izba podkreśla, że dokumenty te zostały wystawione po terminie składania ofert, nie były one znane Zamawiającemu w procesie badania i oceny ofert. Zatem Zamawiający nie mógł na ich podstawie uznać, że złożona gwarancja jest prawidłowa a sam Gwarant miał wiedzę, że o udzielenie zamówienia ubiega się grupa wykonawców i zabezpieczeniem objął działania i zaniechania obu podmiotów, czy też dokonał oceny szacowania ryzyka badając kondycję ekonomiczną obu podmiotów.
Jak słusznie zauważył na rozprawie Przystępujący, w przypadku dokumentu wadialnego nie mają zastosowania przepisy art. 128 i art. 223 ustawy Pzp. Nie są to bowiem dokumenty tworzące podmiotowe przy przedmiotowe środki dowodowe. Konsekwencje złożenia nieprawidłowych dokumentów wadialnych określają inne przepisy ustawy Pzp. Wyjaśnianie ich treści prowadziłoby w rzeczywistości do złożenia wadium po terminie składania ofert, natomiast czynności złożenia wadium nie podlega konwalidacji. Wadium od momentu złożenia oferty ma ją zabezpieczać, nie jest więc możliwe jego uzupełnienie w późniejszym terminie.

Nic w tym zakresie nie zmienia treść pełnomocnictwa dla Lidera konsorcjum umożliwiająca mu ubieganie się o wystawienie dokumentu wadialnego i złożenie go z ofertą. Możliwość działania w imieniu grupy wykonawców przez Lidera nie była kwestionowana ani przez Zamawiającego, ani przez Izbę. Sama jednak możliwość nie świadczy o złożeniu prawidłowego dokumentu gwarancyjnego. Zaś fakt działania konsorcjum przez pełnomocnika nie został w dokumencie gwarancji ujęty.

Co do przywołanego przez Odwołującego na rozprawie wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2023 roku (sygn. akt KIO 976/23), to zapadał on w odmiennym stanie faktycznym. Wybraną wówczas formą złożenia wadium było poręczenie, które jak zauważyła Izba jest czynnością kauzalną i akcesoryjną: *„Akcesoryjność odróżnia poręczenie od innych zobowiązań pełniących podobną funkcję, a w szczególności od gwarancji, która jest w pełni samodzielnym i nieakcesoryjnym zobowiązaniem gwaranta do określonego w umowie gwarancyjnej świadczenia na rzecz beneficjenta gwarancji, w razie spełnienia się określonych w gwarancji przesłanek. Opisując poręczenie warto również zwrócić uwagę, że udział dłużnika w zawieraniu umowy poręczenia nie jest wymagany. Poręczenie jest umową zawartą między wierzycielem a poręczycielem. Dłużnik może nie wiedzieć o ustanowieniu poręczenia".* Jednocześnie Izba podziela poglądy wyrażone w wyroku KIO z dnia 3 kwietnia 2023 roku (sygn. akt KIO 756/23), w szczególności dotyczące zasad solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum i jak przekładają się one na odpowiedzialność za wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej.

Reasumując, w opisanych realiach sprawy nie wystąpiły okoliczności, które przemawiałyby za przyjęciem stanowiska, że Gwarant swoją wolą obejmował działania i zaniechania podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim nie przemawia za tym literalne brzmienie złożonej gwarancji ani inne okoliczności przedstawione przez Odwołującego. Zgodnie zaś z powszechnym i jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa niedopuszczalne jest stosowanie wykładni rozszerzającej do dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

……

Członkowie:

……

……..