

WYROK
z dnia 14 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Marek Szafraniec
Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 grudnia 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 grudnia 2015 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe IMS-GRIFFIN Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **4 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe IMS-GRIFFIN Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe IMS-GRIFFIN Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe IMS-GRIFFIN Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa** na rzecz **4 Regionalnej Bazy Logistycznej, ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław** 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 (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „Dostawę 120 mm luf L44 do czołgu Leopard (nr sprawy TECH/268-445/2015)”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 167-304771 z 29.08.2015 r., przez

4 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 23.11.2015 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Firm: 1) M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WORKS11 M. L. (Lider); 2) WORKS 11 Sp. z o.o. w Katowicach z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice zwaną dalej: „Konsorcjum WORKS11”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS-GRIFFIN Sp. z o.o., Al. Armii Ludowej 26, 00-609 Warszawa zwaną dalej: „Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS-GRIFFIN Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”

W dniu 02.12.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS-GRIFFIN Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 23.11.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 02.12.2015 r. (faxem i e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: - art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej:

„Pzp” - poprzez zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum firm: 1) WORKS Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice; 2) WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice, z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium;

- art. 7 ust 1 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 2) Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem jednej z fundamentalnych zasad tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum, jako wykonawcy, który nie zabezpieczył w sposób skuteczny złożonej przez siebie oferty;

3

- art. 7 ust 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust 2 pkt 2) Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum jw. i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a tym samym naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp,

- art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Konsorcjum jako wykonawcy, który winien zostać z wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: 1) WORKS Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice; 2) WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice jako najkorzystniejszej. Ponadto Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert,
2. wykluczenie z postępowania wykonawcy - Konsorcjum firm WORKS Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice; 2) WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice na podstawie zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu i w konsekwencji odrzucenie jego oferty,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wedle spisu kosztów i rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą zwaną dalej: „KIO”.

Zgodnie z treścią Rozdz. 6 pkt. 4.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”, przekazanej wykonawcom zaproszonym do udziału w kolejnym etapie postępowania, dokument wadialny złożony w formie gwarancji winien był obejmować:

- 1) oznaczenie gwaranta, beneficjenta i zobowiązanego, 2) przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) sumę gwarancji,
- 4) oświadczenie gwaranta o bezwarunkowości i nieodwołalności gwarancji, z jednoczesnym zobowiązaniem do zapłaty na pierwsze pisemne żądanie beneficjenta, w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

Nie ulega wątpliwości, iż zgodnie z powyższym postanowieniem koniecznym było

wyraźne wskazanie na dokumencie gwarancyjnym (oznaczenie) wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu, celem umożliwienia Zamawiającemu zaspokojenia się z dokumentu wadialnego (zatrzymania wadium) w sytuacji pojawienia się roszczenia wynikającego z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, tj.

1) po pierwsze, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

4

- 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 wykonawcy;

2) po drugie, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Wykonawca dokonując wyboru formy wniesionego wadium zobowiązany był więc do precyzyjnego określenia, nie tylko w jakich przypadkach złożone wadium podlega zwrotowi, a w jakich podlega zatrzymaniu przez zamawiającego, ale także do wskazania zobowiązanego, gwaranta i beneficjenta gwarancji.

W niniejszym stanie faktycznym jeden z Wykonawców tj. Konsorcjum firm:

1) WORKS Sp. z o.o., 2) WORKS 11 M. L., załączył do oferty z dnia 16.11.2015 r. gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 35/2015 - 99/2013/KA wystawioną 13.11.2015 r. przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie. W treści przedłożonej gwarancji brak jakiegokolwiek informacji wskazującej, że w niniejszym postępowaniu wykonawca WORKS 11 M. L. ul. Porcelanova 51, 40-246 Katowice (wskazany jako zobowiązany w niniejszej gwarancji) bierze udział nie samodzielnie, ale jako wykonawca będący uczestnikiem konsorcjum firm: 1) WORKS Sp. z o.o., 2) WORKS 11 M. L., zaproszonym do złożenia oferty.

Analiza tego dokumentu prowadzi do wniosku, iż dołączenie do oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia gwarancji

ubezpieczeniowej w której wskazany jest tylko jeden członek konsorcjum, nie może być uznane jako prawidłowe i skuteczne zabezpieczenie oferty wadium. Gwarancja wystawiona przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych nie daje bowiem Zamawiającemu pewności, iż w przypadku ziszczenia się chociażby jednej z okoliczności o której mowa w przepisach Pzp, przykładowo gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie WORKS 11 Sp. z o.o. (podmiotu nie ujętego w dokumencie wadialnym), gwarant wypłaci wadium.

W orzecznictwie wskazuje się, iż dokumenty wadialne stanowią swoistego rodzaju zabezpieczenie Zamawiającego o charakterze finansowym, co do którego nie mogą istnieć żadne wątpliwości w zakresie treści wystawionego dokumentu, w szczególności umożliwiające odmowę przez Gwaranta wypłaty sumy gwarancyjnej w nim określonej. Na

5

podkreślenie zasługuje także fakt, iż obowiązek prawidłowego sformułowania treści gwarancji ubezpieczeniowej w zakresie wskazania przypadków, w których gwarant ma obowiązek świadczyć na rzecz beneficjenta wynika z treści art. 3 ust. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2015 r., poz. 1206 ze zm.).

Przepis ten wskazuje, iż gwarancja ubezpieczeniowa zaliczana jest do czynności ubezpieczeniowych, a zatem treść zobowiązania i zakres odpowiedzialności wynikający z umowy gwarancji co do zasady kształtowany jest przez strony tej umowy. Powyższe wynika z faktu, że gwarancja ubezpieczeniowa jest zbliżona w konstrukcji do umowy ubezpieczenia uregulowanej w art. 805 § 1 k.c., zgodnie z którym przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę. W podobnym charakterze

wypowiedział się także Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, który podkreślił, że treść gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na brak regulacji ustawowych znajduje oparcie w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych wyrażonej w art. 353 ¹ k.c., przy czym istotne cechy ma zbieżne z cechami gwarancji bankowej (tzn. jest abstrakcyjna, nie akcesoryjna i losowa) /uchwała KIO z 03.09.2010 r., sygn. akt: KIO/KU 63/10/. A zatem przyjąć należy, iż winna być interpretowana zgodnie z jej postanowieniami, które sprowadzają się do zagwarantowania Zamawiającemu (beneficjentowi) wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Gwarancja ubezpieczeniowa jest więc zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Biorąc pod uwagę zbliżony charakter gwarancji ubezpieczeniowej do bankowej przytoczyć w tym miejscu można przykładowo: - wyrok SO w Krakowie z 13.11.2009 r., sygn. akt: XII Ga 350/09, zgodnie z którym „(...) gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp. Przywołany przepis określa bowiem sytuacje rodzące po stronie banku - gwaranta obowiązek zapłaty na rzecz zamawiającego jako beneficjenta gwarancji. Skoro wykonawca W L wybrał jako formę wadium gwarancję bankową, to powinien złożyć ją w takiej postaci, aby miała odpowiednią formę i treść”.

- wyrok KIO z 07.05.2012 r. sygn. akt: KIO 842/12, KIO 849/12, w którym Izba stwierdziła, że „gwarancja bankowa - to instytucja przewidziana w art. 5 ust. 1 pkt 4 oraz art. 81 Prawa bankowego z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz. U. t.j. 2002 r. Nr 72, poz. 665), będąca jedną z czynności bankowych -stanowiąca jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty - bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Udzielenie gwarancji bankowej następuje na piśmie, pod rygorem nieważności. Jej istotą jest przyjęcie przez gwaranta obowiązku zapłaty sumy określonej w dokumencie wystawionym przez bank, gdy zaistnieją okoliczności podane w gwarancji, stosownie do których zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. W doktrynie, większość komentatorów uznaje, iż zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny (R. Blicharz, Charakter prawny gwarancji bankowej, Prawo Papierów wartościowych 2000, nr 11; S. Czarnecki: Charakter prawny gwarancji bankowej, na pierwsze żądanie (Prawo Bankowe 2005 cz. I i II str. 67 i n. oraz str. 77 i n.), niezależny od leżących u podstaw gwarancji stosunków prawnych łączących gwaranta ze zleceniodawcą gwarancji (stosunek pokrycia) i zleceniodawcy z beneficjentem (stosunek waluty). Gwarant nie jest uprawniony do powoływania się na zarzuty, wynikające ze stosunku pomiędzy beneficjentem, w tym przypadku zamawiającym, a zleceniodawcą, czyli wykonawcą, który posłużył się gwarancją bankową jako wadium. Istotne przy tym jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, charakteryzująca się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie beneficjenta, tj. bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań”.

- wyrok KIO z 04.03.2011 r. sygn. akt: 333/11, KIO 335/11 w którym czytamy „W doktrynie przeważa przy tym stanowisko, iż gwarancja bankowa jest odrębną umową Prawa bankowego, która jednostronnie zobowiązuje bank. Natomiast przepis art. 84 Prawa bankowego wskazuje, iż do gwarancji bankowych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, zastrzegając, iż zobowiązanie banku ma zawsze charakter pieniężny. Ze szczerzej regulacji Prawa bankowego dotyczącej gwarancji wynika wniosek, iż precyzyjne ukształtowanie tego stosunku prawnego zależy od woli stron, w szczególności od gwaranta, który działa na polecenie zleceniodawcy (wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu), który powinien działać według wskazówek Zamawiającego, który ma być beneficjentem świadczenia pieniężnego z gwarancji. Zatem treść dokumentu gwarancji powinna określać

w sposób kompletny zakres obowiązków i uprawnień stron tego stosunku prawnego. Jednocześnie odesłanie do stosowania przepisów kodeksu cywilnego oznacza, co do zasady, możliwość stosowania reguł wykładni oświadczeń woli i umów wskazanych w art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w odniesieniu do tej czynności prawnej”.

7

Gwarancja wadialna co do swojej istoty nie może być także poddawana wykładni elastycznej i liberalnej, czy też nie może być przedmiotem wyjaśnień lub uzupełnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, iż wszelkie braki, błędy, wątpliwości co do możliwości zaspokojenia się z dokumentu wadialnego skutkują wykluczeniem wykonawcy z postępowania, z uwagi na brak wniesienia wadium w wymaganej wysokości.

Odwolujący nie ma żadnych wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęto działania lub zaniechania zobowiązanego jakim jest Wykonawca M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice, a nie Wykonawca - Konsorcjum firm: 1) WORKS Sp. z o.o., 2) WORKS 11 M. L. . Wskazał, iż żadne postanowienie dokumentu wadialnego nie wskazuje na złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ani też nie wskazuje na drugiego członka konsorcjum tj. WORKS Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice. Na podkreślenie zasługuje to, iż sam fakt zawarcia umowy konsorcjum nie stanowi o powstaniu wyodrębnionego podmiotu praw i obowiązków, albowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie posiadają podmiotowości prawnej i nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek. Pogląd ten prezentowany był wielokrotnie przez KIO.

I tak przykładowo w wyroku z 20.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1408/10 czytamy, że „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. Zarówno z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż w takim wypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy Pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”.

A zatem mając powyższe na względzie uczestnikiem przedmiotowego postępowania nie jest Konsorcjum czy też jego Lider, tylko podmioty je tworzące / postanowienie KIO z 18.11.2008 r. KIO/UZP 1235/08, niepubl.; postanowienie KIO z 07.05.2008 r., KIO/UZP 380/08, LexPolonica nr 2308170/, które to **łącznie** (w przypadku podjęcia decyzji o złożeniu oferty wspólnej) **mają legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej, zabezpieczenia oferty wadium czy też wystąpienia do sądu o zwrot wadium wpłaconego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego** /wyrok Sądu Najwyższego z 13.10.2011 r., sygn. akt: V CSK 475/10/. Wykonawcy wspólnie ubiegający się

8

o zamówienie publiczne są zobowiązani, w przypadku „wnoszenia wadium w firmie gwarancji, do łącznego ich wykazania w treści dokumentu lub co najmniej wskazania, że wykonawca składający ofertę jest wykonawcą w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy Pzp.” Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia m.in.:

- wyrok KIO z 11.03.2015 r., sygn. akt: KIO 368/15, zgodnie z którym „Izba - analizując treść gwarancji, doszła do wniosku, że gwarancja nie zabezpieczała należycie interesów Zamawiającego. Trzeba mieć bowiem na względzie, że efekt taki mógłby zostać osiągnięty wyłącznie przez złożenie wadium przez podmiot, który został przez Zamawiającego zweryfikowany na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach”;
- wyrok SO w Warszawie z 10.09.2015 r. , sygn. akt: XIII Ga 1041/15, w którym czytamy, iż „sporna gwarancja bankowa obejmuje jedynie firmę E. bez oznaczenia, iż działa ona w ramach konsorcjum. Co więcej, w gwarancji bankowej wskazano, że złożono zamawiającemu „ofertę”, a nie wspólną ofertę, co mogłoby również sygnalizować fakt

wystawienia gwarancji na konsorcjum. Istotnym zatem jest, że całokształt okoliczności związanych ze złożeniem oferty przesądzać musi o prawidłowości złożenia wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej na jednego z konsorcjantów. Podsumowując ten wątek, stwierdzić należy, że w treści gwarancji bankowej złożonej przez spółkę E. nie tylko nie został wymieniony drugi członek konsorcjum - T. sp. z o. o. sp. k., ale nawet nie wskazano, że E. S.A. składa ofertę w ramach Konsorcjum. (...). **Przeprowadzone rozważania, skonstatować należy, że objęcie gwarancją bankową tylko jednego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia spowoduje, iż gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców.** W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, mimo braku wymogu w SIWZ, ale z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej a także z uwagi na argumentację podniesioną wyżej, w ocenie Sądu Okręgowego, wadium wnoszone w postaci gwarancji bankowej winno w swej treści zawierać informacje, że podmiotem zabezpieczającym zapłatę wadium jest konsorcjum, a nie wyłącznie lider konsorcjum. Oferta wspólna zatem nie została prawidłowo zabezpieczona wadium".

Powyższej oceny nie zmienia także fakt, iż Wykonawca M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice,

i umowy działał jako lider

Konsorcjum na podstawie dokumentów (pełnomocnictwa konsorcjum) datowanych na dzień 23.09.2015 r., które to upoważniały wykonawcę do reprezentowania i zawarcia umowy w imieniu firmy WORKS 11 Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. **Podkreślił, iż żaden z tych dokumentów nie upoważniał wykonawcy WORKS 11 M. L., do wniesienia wadium w imieniu i na rzecz wszystkich członków Konsorcjum, tym samym umocowanie do składania oświadczeń woli i**

9

wiedzy oraz podpisania umowy w przedmiotowym postępowaniu nie czyni z niego samodzielnego wykonawcy i nie upoważnia do wniesienia wadium w imieniu wszystkich członków Konsorcjum. Idąc dalej, nawet jeśli przyjąć (hipotetycznie) że takowe umocowanie do złożenia wadium byłoby zawarte w treści dokumentu pełnomocnictwa czy umowy konsorcjum, Lider konsorcjum – M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WORKS 11 M. L., byłby uprawniony jedynie do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia. Podkreślić należy, iż dokument wadialny wystawiony na zlecenie lidera, nie obejmujący swoją treścią informacji stanowiących o złożeniu oferty wspólnej, nie może stanowić o prawidłowym wniesieniu wadium. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. I tak w wyroku z 07.01.2015 r. sygn. akt: KIO 2694/14 Izba zaznaczyła, że po pierwsze „Nie sposób podzielić stanowiska Przystępującego, że o skutecznym wniesieniu wadium przesądza fakt, iż spółka Zakłady Budownictwa Mostowego - Inwestor Zastępczy S.A. działała jako lider konsorcjum, na podstawie pełnomocnictwa, umocowującego do złożenia wadium. Z powyższego wynika jedynie, że ww. spółka była uprawniona do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum. Jak już wyżej wspomniano, taka gwarancja ubezpieczeniowa, udzielona na zlecenie umocowanego lidera konsorcjum, ale obejmująca ochroną okoliczności związane ze złożeniem oferty wspólnej, stanowiłaby prawidłowo wniesione wadium (...). **Roszczenia wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej powstają wyłącznie w odniesieniu do okoliczności przewidzianych w treści tej gwarancji, zarówno jeśli chodzi o jej zakres przedmiotowy, jak i podmiotowy,** a założenie, że profesjonalny podmiot będący gwarantem obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczące wykonawcy, o którym nie miał wiedzy zawierając umowę, należy uznać za bezpodstawne zarówno z prawnego, jak i z praktycznego punktu widzenia. Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, "gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po

stronie drugiego z wykonawców (wyroki KIO: z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10 oraz z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14). Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium", po drugie, udzieliła odpowiedzi na pytanie czy treść zobowiązania gwarancyjnego, z którego nie wynika, że obejmuje ono okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia ani nie

10

wskazuje drugiego z wykonawców wchodzącego w skład konsorcjum, pozwala na uznanie wniesionego wadium jako skutecznego względem Zamawiającego. Zdaniem Izby przedstawionym w powyższym wyroku, na tak postawione pytanie należało udzielić odpowiedzi negatywnej. W uzasadnieniu podkreślono, że „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma też żadnych przeszkód, aby umowa gwarancji ubezpieczeniowej została zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców „chodzących w skład Konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji ubezpieczeniowej przesądzą bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić ubezpieczycielowi na skuteczne uchylenie się od wypłaty sumy gwarancyjnej”.

Na skuteczność złożonego dokumentu wadialnego nie wpływa także przypisywana instytucji Konsorcjum solidarna odpowiedzialność, albowiem ta określona została w art. 141 Pzp i związana jest tylko i wyłącznie z odpowiedzialnością za wykonanie umowy oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia. „Tym samym solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (...). Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej, zawiązanie konsorcjum bowiem nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej”. Podobnie w wyroku SO w Warszawie, sygn. akt: XXIII Ga 1041/15, gdzie Sąd wskazał na „brak możliwości przypisania solidarnej odpowiedzialności uczestnikom konsorcjum na etapie postępowania przetargowego. Zgodnie z art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy, o którym mowa w art. 23 ust. 1 tej ustawy, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dyspozycja art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych daje nieograniczone prawo żądania spełnienia świadczenia według własnego wyboru od któregokolwiek z konsorcjantów w świetle idei konsorcjum, ale po zawarciu kontraktu. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, iż art. 23 ust. 1 ustawy daje wykonawcom możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, natomiast zasada odpowiedzialności solidarnej wykonawców dotyczy etapu realizacji kontraktu. Z treści przytoczonego przepisu *expressis verbis* wynika, że solidarna odpowiedzialność dotyczy jedynie wykonania umowy, a zatem etapu po zawarciu umowy o zamówienie publiczne. Podkreślić należy, że solidarna odpowiedzialność względem

11

zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie. Nie można zapomnieć również o art. 369 k.c., który stanowi, że zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Z ustawy wynika, tak jak to zostało wyżej wyjaśnione, odpowiedzialność solidarna za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedzialność taka nie wypływa również z czynności prawnej, ponieważ taką czynnością byłaby wyłącznie umowa o zamówienie publiczne. Podkreślenia zaś wymaga, że umowa Konsorcjum reguluje jedynie stosunku *inter partes*, tj. między E- T. sp. z o. o., a nie *erga omnes*, tj. w relacji uczestnicy konsorcjum - zamawiający. Oznacza to, że stosunek taki nie rodzi skutków prawnych wobec osób trzecich. Brak jest również podstaw do zastosowania art. 370 k.c., który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba, że umówiono się inaczej. Trudno bowiem mówić na etapie postępowania przetargowego

o wspólny mieniu". A zatem przyjmując, że solidarna odpowiedzialności wykonawców składających ofertę wspólnie dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (czyli nie istnieje na etapie prowadzonego postępowania) /wyrok KIO z 15.03.2012 r., sygn. akt: KIO 421/12/, niemożliwym jest wywodzenie na tej podstawie skuteczności gwarancji wadialnej obejmującej swoim zakresem ochronę tylko jednego członka konsorcjum.

Na zakończenie stwierdził, iż Odwołującemu znany jest spór w orzecznictwie dotyczący problematyki gwarancji wadialnych zabezpieczających oferty składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma świadomość istnienia odmiennego stanowiska prezentowanego przez m.in. SO w Warszawie (sygn. akt. XXIII Ga 1313/15) czy też SO w Słupsku (sygn. akt. IV Ca 357/15). Podkreślił jednak, iż mimo powyższego w pełni podziela interpretację przepisów w tym zakresie zaprezentowaną w uzasadnieniu wyroku SO Warszawa z 10.09.2015r. (sygn. akt. XXIII Ga 1041/15), a także w wielu wyrokach wydanych przez KIO.

Konkludując, mając na względzie fakt, iż:

1) przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego;
2) wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu obok Odwołującego jest konsorcjum firm: WORKS Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice oraz WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice, a nie jak wynika to z treści dokumentu wadialnego tylko M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice. Oczywiście jest, że dokument wadialny winien obejmować swoją treścią wszystkich członków konsorcjum wskazując w ten sposób na ich wspólne uczestnictwo w postępowaniu, lub co najmniej wprowadzać postanowienie z którego wynikać będzie, iż zobowiązany jest wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia,

12

3) brak solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4) brak umocowania lidera konsorcjum M. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice, do wniesienia wadium w imieniu WORKS Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40 - 246 Katowice,
5) zobowiązanie z gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na jej abstrakcyjny charakter jest niezależne od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji którego istnienie i zakresu określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej,

Wykonawca WORKS Sp. z o.o. oraz WORKS 11 M. L. winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp a jego oferta odrzucona zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 4 Pzp. Zaniechanie dokonania ww. czynności przez Zamawiającego stanowi wadę prowadzonego postępowania, która ma faktyczny wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Zamawiający w dniu 02.12.2015 r. (faxem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Odnosnie zaś, zgłoszonego w dniu 07.12.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum WORKS11 przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba uznała je za nieskuteczne z uwagi na przekroczenie ustawowego 3 – dniowego terminu. Pełne uzasadnienie w dalszej części uzasadnienia.

W dniu 07.12.2015 r. (faxem), a 09.12.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Zamawiający nie podziela argumentacji Odwołującego. Stwierdził,

że przepisy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym - aby było wnoszone wspólnie przez wszystkich konsorcjantów albo by w treści gwarancji ubezpieczeniowych byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę. Ponadto zamawiający nie postawił w SIWZ żadnych szczególnych wymagań, jakie powinno spełniać wadium w zakresie formy gwarancji ubezpieczeniowej w przypadku jej złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wszystkie

wymagania stawiane gwarancji wadialnej zawarte w Rozdz. 6 ust. 4.1 SIWZ zostały spełnione. Bezspornym jest, iż w treści gwarancji nie zostali wpisani wszyscy członkowie konsorcjum, to jednak nie zmienia faktu, że wystawienie gwarancji na rzecz jednego z nich i w dodatku lidera konsorcjum umocowanego do ich reprezentowania jest wystarczającym

13

zabezpieczeniem oferty pozwalającym skutecznie zaspokoić roszczenia zamawiającego w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 Pzp. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż odpowiedzialność solidarna oznacza, że wierzyciel (tu Zamawiający) może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych.

Odwołujący sam zaznaczył, iż są dwa poglądy na przedmiotową sprawę, dwa nurty orzecznicze i przedstawił wywód prawny oraz stosowne orzecznictwo, z naciskiem na wyrok SO w Warszawie o sygn. akt: XXIII Ga 1041/15. Zamawiający przychylił się natomiast do wyroku SO w Warszawie z 14.10.2015 r. o sygn. akt: XXIII Ga 1313/15. Powyższy wyrok wydany został później a więc jest bardziej aktualny, po drugie zawiera rozbudowaną, spójną, logiczną i przemawiającą argumentację. Oczywistym jest, iż Odwołujący dążąc do uzyskania zamówienia podnosił każdą korzystną dla siebie okoliczność i podzielał każdy przychylny mu pogląd doktryny czy judykatury (do czego ma zresztą pełne prawo). Z drugiej strony Zamawiający - zobowiązany do możliwie korzystnego pozyskiwania wymaganych dostaw, jest zainteresowany w utrzymaniu dokonanych czynności, gdyż prowadzą one do uzyskania oszczędności w kwocie ponad 630 000 zł (gdyż taka jest różnica cenowa pomiędzy ofertami). Zdaniem Zamawiającego sytuacja wykluczenia Wykonawcy z postępowania jest środkiem ostatecznym, który winien być stosowany zawsze z rozwagą i w sytuacji gdy nie ma żadnych wątpliwości co do konieczności jego zastosowania. To właśnie niezasadne wykluczanie Wykonawców, rozszerzająca wykładnia przyczyn wykluczenia (co zresztą jest niedopuszczalne zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą tak KIO jak i sądów powszechnych) stanowi zagrożenie dla konkurencyjności i narusza zasady udzielania zamówień publicznych. W każdym wypadku lepszym jest rozstrzygnięcie przetargu poprzez użycie przewidzianych w SIWZ kryteriów, niż poprzez eliminację z tego postępowania poszczególnych Wykonawców. Poza tym należy stwierdzić, iż sytuacja w której istnieje rozbieżność w orzecznictwie czy sposobie rozumienia danej instytucji prawnej nie może być interpretowana na niekorzyść Wykonawcy. W związku z powyższym nie można uznać sformułowanych w odwołaniu zarzutów za zasadne, gdyż Zamawiający oceniając prawidłowość wniesionego wadium, posiłkował się aktualnym orzecznictwem, nie zmienił zawartych w SIWZ warunków (zachowując tym samym konkurencję i równo traktując wykonawców) oraz nie naruszył obowiązującego prawa.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

14

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego, co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia, po stronie Odwołującego ma charakter przedwczesny. Złożony na rozprawie wyciąg z planu umów wieloletnich Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych na lata 2014-2016 w ujęciu rzeczowo-finansowym w zakresie koordynatora K01 – Szefostwo Służby Uzbrojenia i Elektroniki można jedynie rozpatrywać jako wstępną deklarację wymagającą potwierdzenia w sytuacji zaistnienia sytuacji, gdy jedyną ważną ofertą w postępowaniu będzie oferta przekraczające środki przeznaczone przez Zamawiającego. W tym zakresie zwłaszcza dlatego, że przedłożony wyciąg to zmiana nr 6, w konsekwencji nie można w sposób definitywny stwierdzić, że Odwołujący nie ma racji stwierdzając na rozprawie, że programy

finansowe mają to do siebie że często ulegają zmianie, skoro sam dokument w sposób pośredni to potwierdza. Należy zauważyć, że Wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia czynności oceny złożonych ofert, jak i samego wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp. Ewentualne unieważnienie postępowania, byłoby natomiast czynnością następczą, po wyborze oferty najkorzystniejszej i podlegałoby kontroli ze strony Wykonawców, w ramach środków ochrony prawnej. Podobnie w wyroku KIO z 18.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1338/13, czy też wyroku KIO z 02.04.2014 r., sygn. akt: KIO 568/14. Dodatkowo, działania Zamawiającego może w aktualnej sytuacji procesowej rodzić wątpliwości, czy nie jest przejawem taktyki procesowej, tym bardziej że Zamawiający wiedział o terminie rozprawy i mógł uzyskać stosowny dowód z Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych. W tym bowiem wypadku, należy także wziąć pod uwagę, daleko idące skutki, ewentualnego uznania braku interesu, w tym brak rozpatrzenia merytorycznego zarzutów odwołania. Podobnie w wyroku KIO z 26.05.2015 r., sygn. akt: KIO 983/15.

Izba uznała zgłoszone przystąpienie Konsorcjum WORKS11 za nieskuteczne. W ocenie Izby Konsorcjum WORKS11, wnosząc swoje przystąpienie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie dochowało, wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp, 3-dniowego terminu na jego zgłoszenie. Jak ustaliła Izba, Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazał wskazanemu wykonawcy w dniu 02.12.2015 r. zaś zgłoszenie przystąpienia Konsorcjum WORKS11 zostało doręczone do Izby w dniu 07.12.2015 r. Wskazane okoliczności faktyczne nie były kwestionowane, tak przez strony postępowania odwoławczego, jak i Konsorcjum WORKS11. W świetle powyższego termin na zgłoszenie przystąpienia w przedmiotowej sprawie upływał w dniu

15

05.12.2015 r. i zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp w tym zakresie (art. 185 ust. 2 Pzp) w tym dniu zgłoszenie przystąpienia w formie przewidzianej powołanym przepisem winno dotrzeć do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Podkreślić należy, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, podobnie jak odwołanie (art. 180 ust. 4 w związku z art. 182 ust. 1 - 4 Pzp), w nakazanej formie powinno wpłynąć do Izby w określonym ustawowo terminie. Ustawodawca, mając na względzie przede wszystkim szybkość postępowania odwoławczego i związany z tym postępowaniem zakaz podpisania przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu zakończenia postępowania odwoławczego, a tym samym blokadę realizacji różnego rodzaju inwestycji i przedsięwzięć o charakterze publicznym, wprowadził do przepisów Pzp właśnie taką regulację, odmienną w stosunku do zasad wnoszenia skargi na orzeczenie KIO (art. 198b ust. 2 Pzp). Zabezpieczając interes wykonawców w tym względzie ustawodawca wprowadził także mechanizm umożliwiający dochowanie wskazanego terminu na zgłoszenie przystąpienia (analogicznie jak w przypadku wniesienia odwołania) poprzez wprowadzenie standardowej już i odpowiadającej wyzwaniom współczesnego obrotu gospodarczego i prawnego procedury złożenia określonej korespondencji elektronicznie, przy użyciu bezpiecznego podpisu elektronicznego, weryfikowanego za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. Wykonawcy zatem, będąc profesjonalistami w tym obrocie, posiadają możliwość wyboru sposobu, dzięki któremu mogą skutecznie bronić swoich praw w postępowaniu odwoławczym. Z jednej strony mają wybór osobistego złożenia zgłoszenia przystąpienia (czy też odwołania) w siedzibie Izby, z drugiej strony mogą skorzystać z doręczenia pocztowego z określonym ryzykiem w tym względzie - nie doręczenia w konkretnym terminie przesyłki do Prezesa Izby, a jeszcze z innej strony mają do dyspozycji ogólnie dostępny instrument, dzięki któremu w każdej chwili i o każdej porze, bez żadnych ograniczeń i z każdego miejsca, w którym dysponują dostępem do internetu, mogą skorzystać ze swoich uprawnień w postępowaniu odwoławczym. Wyłącznie do decyzji wykonawcy pozostawiony jest sposób wykorzystania określonych ustawowo, dostępnych mu sposobów wniesienia przystąpienia (czy odwołania) do Prezesa KIO.

Odnosząc się do kwestii samej daty, w której upływał termin na zgłoszenie przystąpienia, tzn., że termin trzydniowy na zgłoszenie przystąpienia liczony od wezwania Zamawiającego upływał w dniu 05.12.2015 r., tj. w sobotę, a w związku z powyższym, w świetle rozporządzenia Rady nr 1182/71 z 3 czerwca 1971 r., zgodnie z art. 3 ust. 4 tego rozporządzenia, a także w świetle stanowiska wiceprezesa UZP zamieszczonego na stronie internetowej UZP, sobota jest uznawana jako dzień ustawowo wolny od pracy, a termin na zgłoszenie przystąpienia upływał formalnie w niniejszej sprawie dopiero w dniu

Cywilnego upływał w sobotę, gdyż na gruncie tych aktów prawnych sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Izba uznała także, że przepisy przywołanego rozporządzenia Rady mają zastosowanie do aktów wydawanych przez Radę i Komisję i w tym zakresie nie mają bezpośredniej mocy obowiązującej w polskim porządku prawnym. Art. 3 ust. 4 wskazanego rozporządzenia Rady faktycznie nakazuje uznanie, iż jeżeli ostatni dzień konkretnego okresu (terminu) wyrażonego inaczej niż w godzinach, jest dniem ustawowo wolnym od pracy, niedzielą lub sobotą, okres ten (termin) wygasa z upływem ostatniej godziny następnego dnia roboczego. Pokreślenia wymaga jednak, że wskazane rozporządzenie Rady - w ocenie Izby - nie ma mocy bezpośredniego skutku (bezpośredniego stosowania) w polskim porządku prawnym, z racji tego, że adresatem tego rozporządzenia nie są bezpośrednio organy i obywatele państw członkowskich UE, a organy Unii Europejskiej uprawnione do stanowienia prawa (aktualnie: Parlament Europejski, Rada Unii Europejskiej, Komisja Europejska). Tym samym także - zdaniem Izby - wskazane rozporządzenie nie jest skierowane do polskich organów orzekających w sprawach zamówień publicznych, czy też uczestników polskiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Zamawiający i Wykonawcy).

Izba, mając świadomość funkcjonowania takiej zasady bezpośredniego skutku prawa europejskiego jako fundamentu prawa wspólnotowego w odniesieniu do rozporządzeń wydawanych przez Parlament Europejski i Radę Unii Europejskiej oraz samą Radę Unii Europejskiej lub Komisję Europejską zgodnie z artykułem 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, co do rozporządzenia Rady (EWG, EURATOM) nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r. stwierdza jednak, że rozporządzenie to wyraźnie skierowane jest do organów unijnych tworzących prawo i w odniesieniu do tych podmiotów ma bezpośredni skutek obowiązujący. Na powyższe wskazuje preambuła tego rozporządzenia, gdzie podaje się m.in., iż: „liczne akty wydane przez Radę i Komisję ustalają okresy, daty lub terminy i posługują się pojęciami „dni roboczych” i „dni ustawowo wolnych od pracy”; w tym zakresie należy wprowadzić ogólne jednolite zasady; w wyjątkowych przypadkach może okazać się konieczne, by niektóre akty Rady lub Komisji odbiegały od tych ogólnych zasad”. Także art. 1 tego rozporządzenia wyraźnie wskazuje, że: „niniejsze rozporządzenie stosuje się do aktów Rady lub Komisji, które są lub będą wydane na podstawie Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą lub Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej”. W ocenie Izby powyższe wyraźnie wskazuje, że adresatem rozporządzenia są organy unijne tworzące prawo unijne w tym celu, aby to prawo opierało się o jednolite zasady dotyczące obliczania terminów.

Wyrazem powyższego jest także to, że dyrektywy zamówieniowe Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. (dyrektywa klasyczna nr 2004/18/WE i dyrektywa sektorowa nr 2004/17/WE) w treści swoich preambuł zawierają także odesłanie

do wskazanego rozporządzenia Rady z 1971 r. (motyw 50 dyrektywy nr 2004/18/WE i motyw 57 dyrektywy 2004/17/WE). Skoro ustawodawca europejski, tworząc określony akt prawny – dyrektywę - kierowany do państwa członkowskiego celem jego transpozycji do porządku krajowego odsyła do przepisów rozporządzenia, oznacza to, że stosując wytyczne wynikające z tego rozporządzenia nakazuje państwu członkowskiemu określenie zasad obliczania terminów według określonych w tym rozporządzeniu zasad. W innym przypadku (przy bezpośredniej mocy obowiązującej w odniesieniu do państw członkowskich wskazanego rozporządzenia) takie odesłanie byłoby zbędne.

Podkreślenia jednak wymaga, że takiego odesłania ustawodawca europejski nie zastosował w odniesieniu do procedur odwoławczych. W dyrektywie odwoławczej bowiem (dyrektywa nr 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych) nie wskazuje się w żadnej mierze na odesłanie do przepisów wskazanego rozporządzenia z 1971 r. Ustawodawca europejski zatem w tym względzie pozostawił swobodzie państwa

członkowskiego ustalenie zasad obliczania terminów na wnoszenie środków odwoławczych, mając na względzie specyfikę każdego z państw i określone w tym względzie potrzeby i rozwiązania w zakresie przyjętego dla konkretnych, różnych systemów odwoławczych.

Tym samym zatem – zdaniem Izby – w przypadku polskiego systemu środków ochrony prawnej, zgodnie z zapatrywaniem ustawodawcy europejskiego, pozostawiono regulacjom wewnętrznym kwestie związane z obliczaniem terminów. W postępowaniu odwoławczym zaś do obliczania terminów zastosowanie mają przepisy Kodeksu Cywilnego. Zgodnie z art. 185 ust. 7 Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym. W tych przepisach zaś - stosownie do art. 1184 § 2 KPC - sąd polubowny może ustalić sobie sposób postępowania jaki uznana za właściwy, jednakże z zastrzeżeniem przepisów ustawy, tj.

ustawy Kodeks postępowania cywilnego (oczywiście w sytuacjach nieuregulowanych w ustawie Pzp, zgodnie z art. 185 ust. 7 Pzp). Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego w art. 165 § 1 KPC zastrzegają, iż terminy oblicza się według przepisów prawa cywilnego, a więc zgodnie z Kodeksem Cywilnym. Wprost odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego natomiast znajduje się w art. 14 ustawy Pzp, wskazując na charakter sprawy cywilnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie zaś z art. 115 KC, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego. W polskim porządku prawnym dni ustawowo wolne od pracy wylicza enumeratywnie ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4 poz. 28). Wśród katalogu dni ustawowo wolnych od pracy ustawodawca określił niedziele

18

i inne, konkretne święta państwowe. Za dzień ustawowo wolny od pracy ustawodawca nie uznał natomiast soboty. Z tych też względów upływ terminu na dokonanie określonej czynności - w tym wniesienie do Prezesa KIO zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego - w sobotę, skutkuje uznaniem, że właśnie w tym dniu termin ten skutecznie upływa, bez możliwości jego wydłużenia na kolejny dzień roboczy. Podobnie za wyrokiem KIO z 04.05.2015 r., sygn. akt: KIO 818/15, tudzież wyrokiem KIO z 03.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2563/15.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treść ogłoszenia, postanowień SIWZ, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego wraz z umową konsorcjum z 23.09.2015 r. oraz pełnomocnictwem z 23.09.2015 r., oferty Odwołującego wraz z analogicznym (złożonym po raz drugi) pełnomocnictwem z 23.09.2015 r., gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 35/2015 - 99/2013/KA wystawionej 13.11.2015 r. przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie, a także informacji o wynikach postępowaniu z 23.11.2015 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie złożone na posiedzeniu przez Zamawiającego oraz wyciąg z planu umów wieloletnich Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych na lata 2014-2016, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutów zawartych w odwołaniu – naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 4a i 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania Konsorcjum WORKS 11, z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium;
- 2) art. 7 ust 1 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 2) Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem jednej z fundamentalnych zasad tj. uczciwej konkurencji oraz równego

z postępowania Konsorcjum, jako wykonawcy, który nie zabezpieczył w sposób skuteczny złożonej przez siebie oferty;

3) art. 7 ust 3 w zw. z art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust 2 pkt 2) Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum WORKS 11 i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a tym samym naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp,

4) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Konsorcjum jako wykonawcy, który winien zostać z wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Z uwagi na charakter przetoczonych powyżej zarzutów, Izba odniesie się do nich łącznie, uznając je za niezasadne.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum WORKS 11 załączyło umowę konsorcjum z 23.09.2015 r. oraz pełnomocnictwo z 23.09.2015 r.

W ramach umowy konsorcjum stwierdzano. W PREAMBULE: „Strony postanowiły nawiązać współpracę na zasadzie solidarnej odpowiedzialności – zgodnie z art. 366 kc w celu wspólnego udziału w postępowaniu dotyczącym (.....) prowadzonym przez 4 Regionalną Bazę Logistyczną dalej: **(ZAMAWIAJĄCY)**, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.”. Natomiast w § 1 / POWOŁANIE KONSORCJUM/ - ust. 4 stwierdzano: „Strony ustalają, że wspólnie będą dokonywać czynności wynikających z przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału wraz z niezbędnymi dokumentami, przygotowania oferty oraz realizacji przyszłej umowy na zasadach wzajemnej współpracy i odpowiedzialności solidarnej.”. Z kolei – w § 2 ODPOWIEDZIALNOŚĆ W RAMACH KONSORCJUM: „1. Konsorcjum jest odpowiedzialne wobec **ZAMAWIAJĄCEGO** za treść oferty, a także realizację - mówienia w przypadku wyboru oferty Konsorcjum. Strony Konsorcjum zgodnie postanawiają, iż pełnomocnik Konsorcjum (**WORKS11**) będzie odpowiedzialny za kontakty, z **ZAMAWIAJĄCYM**. 2. Za prowadzenie wszelkich rozmów i uzgodnień dotyczących spraw o charakterze technicznym istotnych dla realizacji przedmiotu umowy związanej z wykonaniem o których mowa w preambule odpowiedzialny jest Pełnomocnik Konsorcjum (**WORKS11**). 3. Każdy członek Konsorcjum zobowiązuje się dołożyć należytej staranności i lojalności wobec drugiego członka Konsorcjum w realizacji zobowiązań wynikających z przedsięwzięcia w ramach Konsorcjum. 4. W stosunkach wewnętrznych Konsorcjum, każdy członek Konsorcjum odpowiada wobec drugiego członka Konsorcjum za skutki niewykonania lub nienależytego wykonania swoich zobowiązań wynikających z przedsięwzięcia w ramach Konsorcjum. 5.

Członek Konsorcjum odpowiedzialny za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań podejmie niezwłocznie działania, aby drugi członek Konsorcjum, w zakresie, w jakim nie odpowiada za powyższe uchybienia nie poniósł szkody w tym zakresie lub niezwłocznie zrekompensuje mu udokumentowaną szkodę. 6. Każdy Członek Konsorcjum ponosi we własnym zakresie odpowiedzialność deliktową za ewentualne szkody

Konsorcjum w związku wyrządzone bezpośrednio

przez siebie drugiemu członkowi

z realizacją zobowiązań wynikających z przedsięwzięcia w ramach Konsorcjum. 7. Członek Konsorcjum jest zwolniony z odpowiedzialności za działania lub zaniechania, a także z odpowiedzialności o której mowa w ust. 5 jeżeli działanie lub zaniechanie jest wynikiem działania lub zaniechania innego Członka Konsorcjum.”. Zaś w § 3 OBOWIĄZKI CZŁONKÓW KONSORCJUM: „1. **WORKS11** przygotowuje dokumenty dotyczące **WORKS11**

w terminie umożliwiającym złożenie wymaganych przez **ZAMAWIAJĄCEGO** dokumentów niezbędnych do uczestnictwa w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia otwartego. 2. **WORKS11Sp** przygotowuje dokumenty dotyczące **WORKS11Sp** w terminie umożliwiającym

złożenie przez Pełnomocnika Konsorcjum, wymaganych przez **ZAMAWIAJĄCEGO** dokumentów niezbędnych do uczestnictwa w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu

ograniczonego. 3. Każdy członek Konsorcjum sam ponosi koszty przygotowania w/w dokumentów w zakresie swoich obowiązków. 4. Cena ofertowa będzie uzgodniona pisemnie przez członków Konsorcjum. W przypadku wyboru oferty Konsorcjum przez **ZAMAWIAJĄCEGO, WORKS11** podpisze umowę z **ZAMAWIAJĄCYM**. 5. W przypadku wyboru oferty i podpisania umowy z **ZAMAWIAJĄCYM, WORKS11** oraz **WORKS11Sp** zobowiązują się do wykonania przedmiotu umowy, w terminach i o standardach jakościowych ustalonych w umowie z **ZAMAWIAJĄCYM** i sporządzenia dokumentów wynikających z tej umowy na okoliczność jej realizacji. 6. Strony ustalają, że nie wprowadzą zmian w umowie, w zakresie realizacji zamówienia bez zgody Zamawiającego. 7. Strony ustalają, że **WORKS11**: - jest odpowiedzialny, po podpisaniu umowy z **ZAMAWIAJĄCYM**, za zabezpieczenie bez zbędnej zwłoki środków finansowych na realizację zadań umowy zgodnie z harmonogramem wykonania przedmiotu umowy, - dokonywać będzie rozliczenia z tytułu wykonania przedmiotu umowy, określonego w preambule z **ZAMAWIAJĄCYM** poprzez wystawienie we własnym imieniu faktury VAT na Zamawiającego, a następnie po otrzymaniu zapłaty dokona rozliczenia z **WORKS11Sp** na warunkach określonych w aneksie do niniejszej Umowy. 8. Strony oświadczają, iż będą współdziałać w celu zapewnienia finansowania przedmiotu umowy z **ZAMAWIAJĄCYM**. W przypadku wyboru oferty i podpisania umowy z **ZAMAWIAJĄCYM** przewidującej konieczność wniesienia zabezpieczenia wykonania umowy, **WORKS 11** zobowiązany jest do wniesienia tego zabezpieczenia.”

21

Pełnomocnictwo wskazywało natomiast, co następuje: „Ja niżej podpisana (.....) Prezes Firmy WORKS11 z o.o., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice, NIP(....), REGON (....) zarejestrowaną pod nr KRS (....), koncesja MSW numer B- (....), upoważniam: WORKS 11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice, NIP (...), REGON (....), koncesja MSWiA nr B- (....), a tym samym M. L. legitymującego się dowodem osobistym (...) zamieszkałym ul. (....), 40-553 Katowice do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w imieniu : Firmy Works 11 Sp. z o.o., w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przez 4 Regionalną Bazę Logistyczną, ul. Pretficzka 28, 50-984 Wrocław na: Dostawę 120 mm luf L44 do czołgu LEOPARD (nr sprawy: TECH/268-445/2015)”. Niniejsze Konsorcjum WORKS11 (Konsorcjum Firm: 1) M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WORKS11 M. L., 2) WORKS Sp. z o.o.) zostało zaproszone do złożenia oferty w ramach drugiego etapu przetargu ograniczonego wraz z zaproszeniem przekazano postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”

Zgodnie z treścią Rozdz. 6 pkt. 4.1 SIWZ, dokument wadialny złożony w formie gwarancji winien był obejmować:

- 1) oznaczenie gwaranta, beneficjenta i zobowiązanego,
- 2) przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) sumę gwarancji,
- 4) oświadczenie gwaranta o bezwarunkowości i nieodwołalności gwarancji, z jednoczesnym zobowiązaniem do zapłaty na pierwsze pisemne żądanie beneficjenta, w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp.

Jeden z Wykonawców tj. Konsorcjum Firm: 1) M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WORKS11 M. L., 2) WORKS Sp. z o.o.; załączył do oferty z dnia 16.11.2015 r. gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 35/2015 - 99/2013/KA wystawioną 13.11.2015 r. przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie. W treści przedłożonej gwarancji brak jakiegokolwiek informacji wskazującej, że w niniejszym postępowaniu wykonawca M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WORKS11 M. L., ul. Porcelanowa 51, 40-246 Katowice (wskazany jako zobowiązany w niniejszej gwarancji) bierze udział nie samodzielnie, ale jako wykonawca będący uczestnikiem konsorcjum firm: Konsorcjum Firm: 1) M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WORKS11 M. L., 2) WORKS Sp. z o.o., zaproszonym do złożenia oferty.

Zgodnie z treścią niniejszej gwarancji została ona wystawiona: „(...) przez: TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie (...) Zarząd: (...), w imieniu którego występuje: (...) zwane w dalszej części Gwarantem,

pozostałe użyte w treści gwarancji określenia oznaczają:

Wykonawca: M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: WORKS 11 M. L. ul. Porcelanowa 51,40-246 Katowice

Beneficjent: 4 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Pretficzna 28, 50 984 Wrocław

1. Niniejsza gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium została wystawiona na zlecenie Wykonawcy, składającego ofertę przetargową, zwaną dalej ofertą, w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem na realizację zadania pn.: „DOSTAWA 120 MM LUF L44 DO CZOŁGU LEOPARD.” Nr sprawy: TECH/268-445/2015.

Zgodnie z warunkami przetargu Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium w kwocie 46.880,00 zł (słownie: czterdzieści sześć tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych 00/100), w formie przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej przetargu, w związku z ofertą złożoną przez Wykonawcę.

2. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji do zapłacenia na pierwsze pisemne żądanie każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej 46.880,00 zł (słownie: czterdzieści sześć tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych 00/100) stanowiącej kwotę wadium.

3. (...).

4. Roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji powstaje gdy:

1) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

2) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

4) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ww. Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ww. Ustawy lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ww. Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

5. Gwarant wypłaci należną kwotę w ciągu 30 dni od daty otrzymania od Beneficjenta pisemnego wezwania do zapłaty, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania Beneficjenta, zawierającego oświadczenie wskazujące okoliczność, spośród wymienionych w pkt. 4 stanowiącą podstawę wezwania do zapłaty. Do pisemnego wezwania należy dołączyć dokumenty poświadczające umocowanie osób, które podpisały wezwanie do zapłaty.” Do oferty załączono także po raz drugi takie samo pełnomocnictwo z 23.09.2015 r. Dokument gwarancji ubezpieczeniowej nie był kwestionowany przez

Zamawiającego, w odróżnieniu od Odwołującego, który uznał jego wadliwość z uwagi na brak jego wystawienia na wszystkich członków konsorcjum, czyli konsorcjum jako całość.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, wychodząc z założenia, że Konsorcjum traktowane jest jako jeden wykonawca, iż skoro obowiązki wynikające z art. 46 ust.4a i 5 Pzp dotyczą Wykonawcy, to odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca co wynika z art. 23 ust.3 Pzp (podobnie w wyroku KIO z 30.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1897/14, KIO 1899/14). Analogicznie uznało KIO w wyroku KIO z 04.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1813/15, KIO 1817/15: „(...) Ł. Z.: „zaniechania opisane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp stanowią podstawę spełnienia wynikających z gwarancji zobowiązań. Skoro bowiem przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium dotyczą wykonawcy, to zgodnie z art. 23 ust. 3 pzp odnoszą się do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, traktowanych w tym przypadku jako jeden wykonawca. To przekłada się na łączną odpowiedzialność za działania i zaniechania podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia przez każdego z tych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Skutki postępowania któregośkolwiek członka konsorcjum, prowadzące do zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 4a i 5 pzp, rozciągają się na wszystkich

konsorcjantów. Kwestią drugorzędną pozostaje zaś istnienie bądź nieistnienie solidarnej odpowiedzialności konsorcjum” w „Gwarancje składane przez konsorcjum”, „Przetargi Publiczne” 8/2015, str. 12.”. Nie mniej istotna jest kwestia tego rodzaju, że podmiot wskazany w gwarancji ubezpieczeniowej zakwestionowanej przez Odwołującego jest liderem konsorcjum (co niewątpliwie wynika z pełnomocnictwa, jak i samej umowy konsorcjum) co skutkuje tym, że w razie wezwania lidera wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregośkolwiek uczestnika, oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum. Podobnie argumentację przedstawił to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14.10.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1313/15 stwierdzając, że: „(...) zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców. Z powyższego sformułowania wyprowadza się trafny wniosek, zgodnie z którym art. 23 ust. 3 ustawy PZP statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wynika on przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek

24

ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w PZP wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl.). Powyższe zaś oznacza, że w razie wezwania pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregośkolwiek uczestnika, zwłaszcza lidera konsorcjum oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania przez zamawiającego wadium niezależnie od tego, kto w gwarancji wadialnej został wymieniony jako wykonawca (tak też: M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 25). W doktrynie trafnie wskazuje się, iż odmienna wykładnia jest sprzeczna z istotą umowy konsorcjum, które tworzone jest właśnie po to, by korzystać również z zasobów współkonsorcjanta. W związku z tym dopuszcza się choćby składanie dokumentów z których będzie wynikać, że konsorcjanci wspólnie spełniają warunki wynikające choćby z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy PZP (tak: P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2014, s. 232; J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 132; K. Horubski, T. Kocowski, Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 1, s. 41; A. Chrząszcz, Konsorcjum w zamówieniach publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2013, nr 7, s. 44, K. Gałczyńska-Lisik, Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 10, s. 44). W wyniku bowiem wniesienia do wspólnej oferty wadium przez jednego z uczestników konsorcjum dochodzi do przyjęcia przez niego ryzyka utraty wadium również w przypadku, gdy odpowiedzialność za przyczynę zatrzymania wadium będzie ponosił inny uczestnik konsorcjum (tak: K. Muchowska-Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis). W literaturze trafnie podnosi się, iż w sytuacji w której umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek 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 29.9.2009 r., KIO/UZP1998/11, 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,

25

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. 7 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).". Analogicznie stanowisko w wyroku KIO z 13.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2362/15.

Następnie, podnosząc, że członkowie Konsorcjum WORKS11 ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, czyli solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregoś z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Odpowiedzialność wykonawców za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 379 kc w zw. z art. 366 kc w zw. z art. 14 Pzp. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 KC, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego (za wyrokiem KIO z 05.03.2015 r., sygn. akt: KIO 336/15 oraz wyrokiem KIO z 25.05.2015 r., sygn. akt: KIO 969/15). Podobnie przedstawił to także Sąd Okręgowy w Warszawie w przywołanym powyżej wyroku z 14.10.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1313/15:

„(...) przedmiotowa gwarancja wadialna także z tego względu w sposób skuteczny zabezpieczała interesy zamawiającego, albowiem odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się na zasadach solidarności dłużników. Zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W zakresie zabezpieczonego przez wadium obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną ustanawia art. 141 ustawy PZP. Niemniej powyższe nie oznacza, iż w pozostałym zakresie zabezpieczonym przez wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów nie jest solidarna, albo przynajmniej ukształtowana na wzór odpowiedzialności solidarnej. Zdaniem Sądu Okręgowego całkowicie bezpodstawny jest pogląd opierający się na rozumowaniu a contrario, iż w zakresie wykraczającym poza art. 141 ustawy PZP brak jest podstaw do przyjmowania solidarności współkonsorcjantów. W doktrynie odpowiedzialność tę wywodzi się z różnych źródeł. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują, iż solidarna odpowiedzialność współkonsorcjantów za konsekwencje uchylecia się od zawarcia umowy jest objęta treścią zobowiązania związanego ze złożeniem oferty (tak: S. Włodyka, M. Spyra, w: *System prawa handlowego. Tom 5. Prawo umów*

26

handlowych, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 621; D. Szczepański, *Jeszcze o konsorcjum*, *Zamówienia Publiczne Doradca* 2008, nr 5, s. 41) lub ową solidarność wywodzą z mocy czynności prawnej pomiędzy wykonawcami występującymi wspólnie, którzy przy wniesieniu wadium mają wiedzę jaki jest jego cel i godzą się (w drodze porozumienia) na ryzyko jego utraty w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn po stronie któregoś z nich (K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015, Legalis). Inni wskazują, iż w wyniku złożenia wspólnej oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do zaciągnięcia zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. (tak też: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 134; M. Sieradzka, *Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2015, s. 26; a także: Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06). W ocenie Sądu Okręgowego solidarność tę należy przede wszystkim wyprowadzić z art. 370 k.c. Zgodnie z tym przepisem jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Należy zaś zaznaczyć, iż pojęcie mienia zostało zdefiniowane w art. 44 k.c. przez które rozumie się własność i inne prawa majątkowe. Zgodnie zaś z art. 139 ust. 1 ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ma więc w tym przypadku zastosowanie również art. 703 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 702 § 3 k.c. zgodnie z którym jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator aukcji, jak i jej uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy. Ponieważ w przedmiotowym przypadku ważność umowy, zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy PZP, zależy od formy pisemnej, toteż ma zastosowanie art. 703 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 702 § 3 k.c. Powyższe z kolei oznacza, że najpóźniej z chwilą wyboru oferty powstaje po stronie konsorcjantów prawo podmiotowe (wierzytelność), którego treścią jest zawarcie umowy. Prawo to ma charakter majątkowy, i jak już podnoszono w oparciu o art. 23 ust. 3 ustawy PZP przysługuje ono łącznie wszystkim uczestnikom konsorcjum, a wobec tego stanowi ich wspólne mienie w rozumieniu art. 44 k.c. Prawu temu towarzyszy jednocześnie zobowiązanie do zawarcia umowy z zamawiającym. Ostatecznie więc zobowiązanie to dotyczy wspólnego mienia konsorcjantów i także z tego względu w ocenie Sądu Okręgowego zasadnym jest przyjęcie solidarnej odpowiedzialności współkonsorcjantów za zawarcie umowy, co tym bardziej potwierdza wniosek, że gwarancja wadialna z wymienieniem tylko jednego uczestnika konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpieczała interesy zamawiającego.

27

Wreszcie zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP wszelkie obowiązki, których niewykonanie może spowodować powstanie po stronie zamawiającego prawa zatrzymania wadium spoczywają łącznie na wszystkich podmiotach wchodzących w skład konsorcjum, a w szczególności na podstawie art. 703 § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 702 § 3 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP wraz z wyborem oferty konsorcjum łącznie obciąża obowiązek zawarcia umowy. Zwłaszcza w tym ostatnim kontekście należy zaznaczyć, iż wybór oferty złożonej przez konsorcjum zobowiązuje zamawiającego do zawarcia umowy ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum łącznie i nie jest dopuszczalnym zawarcie umowy jedynie z niektórymi jego uczestnikami, np. w sytuacji gdyby po wyborze oferty konsorcjum doszło do zerwania umowy konsorcjum przez któregośkolwiek z jego uczestników. W ocenie Sądu Okręgowego w tych okolicznościach i uwarunkowaniach prawnych nie budzi wątpliwości, iż świadczenia obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy mają charakter świadczenia niepodzielnego. W tym natomiast zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 k.c. zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. Przyjmując powyższy tok rozumowania również należy stwierdzić, iż odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Powyższe zaś również będzie oznaczać, iż każdy z dłużników uznawanych za odpowiadających jak dłużnik solidarny może wykonać zobowiązanie ze skutkiem dla współdłużników. Jeżeli więc jeden z uczestników konsorcjum nie wykonuje świadczenia, może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza przez lidera konsorcjum. Niespełnienie zaś świadczenia przez któregokolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna, a więc będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w której treści jako wykonawca został wymieniony jedynie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Sądu Okręgowego także więc z tych względów nie sposób przyjąć, że przedstawiona w niniejszej sprawie przez Konsorcjum (...) gwarancja wadialna w sposób nieprawidłowy zabezpieczała interesy zamawiającego. Analogicznie w wyroku KIO z 13.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2362/15. Szczególnie istotna jest w tym stanie faktycznym kwestia tego rodzaju, że odpowiedzialność solidarna została ustanowiona na mocy umowy konsorcjum zawartej 23.09.2015 r. w ramach preambuły oraz § 1 ust. 4, która to umowa została złożona z uwagi na tryb przetargu ograniczonego przed złożeniem oferty w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W konsekwencji odpowiedzialność solidarna została dodatkowo ustanowiona w ramach wskazanej umowy konsorcjum na etapie przed złożeniem oferty, w tym za wspólne złożenie

28

oferty, czyli też za przygotowanie oferty, a więc i za zabezpieczenie, czyli wadium. Zamawiający ma więc możliwość skutecznego domagania się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej, czyli zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy lidera konsorcjum ubiegającego się o zamówienie. Okoliczność złożenia umowy konsorcjum w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czyli przed złożeniem oferty także nie pozostaje bez wpływu na ocenę czynności Zamawiającego, tj. wyboru w postępowaniu oferty - Konsorcjum WORKS11.

Po trzecie, gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, ukształtowaną przez praktykę czynnością ubezpieczeniową na zasadzie swobody układania zobowiązania. Ma ona charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nie może gwarant odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego podstawą udzielenia gwarancji. (za wyrokiem SN z 16.04.1996 r., sygn. akt: II CRN 38/96, czy też wyrokiem SA w Poznaniu z 11.01.2006 r., sygn. akt: I ACa 761/05). Nadto, jest ona wystawiona prawidłowo, gdyż jako wykonawca traktowane są dwa podmioty wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Podobnie Izba stwierdziła w wyroku dotyczącym gwarancji ubezpieczeniowej – wyrok KIO z 04.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1813/15, KIO 1817/15 – adekwatnym do przedmiotowego stanu faktycznego (*„nieodwołanie i bezwarunkowo na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji do zapłacenia na pierwsze pisemne żądanie”* – pkt 3 gwarancji) zgodnie z którym: *„Podkreślenia wymaga charakter żądanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia gwarancji (bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie), z którym wiązać należy skuteczność zatrzymania wadium (realizacja celu), ponieważ zamawiający jest uprawniony do żądania wypłaty przez gwaranta wskazanej w gwarancji sumy w każdym przypadku, gdy zostanie przez niego złożone gwarantowi oświadczenie o wystąpieniu jednej z okoliczności określonych w dokumencie gwarancji (w świetle treści Gwarancji (...): oświadczenie o wystąpieniu jednej z sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), a gwarant jest zobowiązany (ze względu na samoistny charakter stosunku podstawowego, tj. między zamawiającym i wykonawcą, charakter gwarancji) do wypłaty kwoty z gwarancji, niezależnie od oceny jej wystąpienia przez samego gwaranta.”*

Izba wzięła pod uwagę także stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt IV Ca 357/15.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

29

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....

Członkowie:

.....

.....

30