

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach i T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane G.T. w Maszewie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pełczyce przy udziale uczestników po stronie zamawiającego Manilo Sp. z o.o. Sp. k. w Szczecinie i Constructo Sp. z o.o. w Rogówkowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza na poczet kosztów kwotę 15 503,00 zł (piętnaście tysięcy pięćset trzy złote) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:.....

.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pełczyce ul. Rynek Bursztynowy 2, 73-260 Pełczyce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa przyszkolnej pływalni w Pełczycach”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 stycznia 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00027381/01, dalej zwane „postępowaniem”. Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji.

W dniu 13 lutego 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniosło konsorcjum EXPERT Sp. z o. o. ul. Kolejowa 37, 73-115 Dolice i T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane G.T. ul. Ruty 28 Maszewo, 66-446 Deszczno, dalej zwane „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w zw. z art. 97 ust. 1, 5, 7 i 10 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący dokonał prawidłowego wnieśienia wadium;
- 2.art. 370 kc w związku z art. 44 kc w związku z art. 380 § 1 kc w związku z art. 703 § 3 kc w związku z art. 702 § 3 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 58 ust. 1 i 5 Pzp w związku z art. 98 ust. 6 Pzp poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadają solidarnie wyłącznie za wykonanie umowy oraz zabezpieczenie należytego jej wykonania, a zatem brak jest podstaw do przypisania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego solidarnej odpowiedzialności w kwestii wadium, podczas gdy prawidłowa wykładnia przywołanych przepisów winna prowadzić do przyjęcia, że solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego istnieje również na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc odpowiadają oni łącznie za realizację uprawnień zamawiającego w kwestii zatrzymania wadium z tytułu gwarancji wadialnej wystawionej na lidera konsorcjum;
- 3.art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym wnieśienia wadium, przez co uniemożliwił Odwołującemu złożenia dowodów pozwalających wykazać objęcie gwarancją wadialną wszystkich Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie Zamówienia, tj. EXPERT Sp. z o. o. w Dolicach oraz T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod

firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane G.T., w tym oświadczeń gwaranta potwierdzającego powyższą okoliczność, wniosku Wykonawcy do gwaranta o udzielenie gwarancji oraz umowy konsorcjum zawartej między ww. podmiotami;

4.art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z powodu zaniechania prawidłowego zbadania oferty Odwołującego oraz złożonych wraz z nią dokumentów oraz uniemożliwienia Odwołującemu wyjaśnienia wątpliwości w zakresie gwarancji wadialnej.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności oceny i badania ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Wniesiono także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 8 lutego 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym odwołującego, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p., czym zdaniem odwołującego dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w *petitum* odwołania, co zostanie szczegółowo uzasadnione w dalszej części odwołania poniżej.

W zakresie uzasadnienia zarzutu nr 1 i nr 2 odwołujący wskazał, że wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie (gwarancja nr 727500135005 z dnia 05 lutego 2024 r.). Taka forma wniesienia wadium jest dopuszczalna zarówno na podstawie art. 97 ust. 7 p.z.p., jak i postanowień rozdziału XIII ust. 2 SWZ postępowania. Gwarancja wadialna opiewa na pełną kwotę wadium określoną przez zamawiającego w rozdziale XIII ust. 1 SWZ, zaś warunki skorzystania przez zamawiającego z gwarancji zgodne z rozdziałem XIII ust. 5 SWZ, nadto termin ważności gwarancji także jest zgodny z wymaganiami zamawiającego.

W ocenie odwołującego jego oferta została przez zamawiającego odrzucona bezpodstawnie, nadto takie stanowisko jest przedwczesne i zostało wyrażone bez uprzedniej weryfikacji przez zamawiającego rzeczywistego stanu rzeczy co do zakresu udzielonej gwarancji wadialnej.

Odwołujący powołał się na rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17, zgodnie z którym możliwe jest skuteczne wniesienie wadium poprzez przedstawienie gwarancji ubezpieczeniowej właśnie przez jednego z członków konsorcjum, i wskazał, że zamawiający błędnie przyjął, że w treści dokumentu muszą być wskazani wszyscy członkowie stosunku prawnego. Zamawiający, dokonując analizy stanu faktycznego, wbrew swemu stanowisku, iż brał pod uwagę także postanowienia § 2 umowy gwarancji - skupił się wyłącznie na treści § 1 tej umowy, zgodnie z którym „Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego (...)”.

Zamawiający rozciągnął wnioski wyprowadzone z ww. treści z § 1 umowy gwarancji na całą umowę gwarancji, co skutkowało brakiem analizy przedmiotowej klauzuli w kontekście: § 2 ust. 1 i 2 umowy gwarancji oraz całości tej umowy. W doktrynie, w odniesieniu do ww. wyroku wskazuje się przy tym, że „Sąd oparł swoje stanowisko na rozważaniach dotyczących charakteru gwarancji, potwierdzając, że jest to zobowiązanie nieakcesoryjne, co oznacza, że gwarant nie może się powołać na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji. Sąd stwierdził także, że wykonawcy występujący wspólnie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie obowiązków wynikających z uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W razie więc niewypełnienia obowiązków przez jednego z członków konsorcjum odpowiedzialność z tego tytułu ponosi również drugi członek konsorcjum. Nieprzystąpienie do podpisania umowy przez któregośkolwiek z wykonawców występujących wspólnie obciąża odpowiedzialnością za to zaniechanie każdego z nich. Stąd też zamawiający będzie uprawniony do złożenia oświadczenia o realizacji gwarancji.” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 97).

Oferta odwołującego stanowi ofertę konsorcjantów – dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oferta nie składa samodzielnie spółka EXPERT Sp. z o. o. w Dolicach. Powołując się na § 2 ust. 1 i 2 gwarancji, odwołujący wskazał, że treść gwarancji nie zawiera żadnego zawężenia możliwości zapłaty przez gwaranta podanej w niej sumy, tylko do sytuacji odnoszącej się ściśle do spółki wskazanej w jej treści jako „zobowiązanego”, lecz odnosi przesłanki wskazane zapłaty tylko do postępowania o udzielenie zamówienia wskazanego w § 1, która może dotyczyć podmiotu w niej niewskazanego. Zamawiający nie może pominąć istoty gwarancji ubezpieczeniowej, z której wynika, że ma ona charakter zobowiązania abstrakcyjnego i samoistnego, co oznacza, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zobowiązanego z beneficjentem (zamawiającym), będącego podstawą udzielenia gwarancji. Dokument gwarancyjny o charakterze abstrakcyjnym charakteryzuje się bowiem tym, że gwarant podejmuje decyzję o zapłacie z tego dokumentu badając jedynie warunki określone w § 3 umowy gwarancji. Z treści gwarancji złożonej przez odwołującego wynika, że jest ona bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie, co w powiązaniu

z jej abstrakcyjnym charakterem powoduje, że ewentualna wypłata z tytułu gwarancji nastąpi automatycznie po złożeniu oświadczenia przez zamawiającego o zaistnieniu przesłanek skutkujących wypłatą wadium. Co więcej, w treści gwarancji wadialnej gwarant nie uczynił zastrzeżenia, że odmówi zapłaty, w przypadku, gdy oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostanie złożona wspólnie z innym podmiotem, w tym w ramach konsorcjum, w tym zakresie należy wskazać na wyrok KIO z 03.03.2016 r. sygn. akt: KIO 361/20).

Dalej odwołujący przywołał wcześniej wskazany wyrok Sądu Najwyższego i podniósł, że mając na uwadze brzmienie postanowień rozdziału XIII ust. 4 pkt 1 SWZ, zgodnie z którym „w dokumencie wadium muszą być wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum – w przypadku oferty wspólnej”, stwierdzić należy, że zamawiający określił jedynie oczekiwane brzmienie słowne dokumentu wadium, co nie znajduje jednak podstawy w przepisach p.z.p. W żadnym natomiast wypadku nie można uznać, iż wymagał wniesienia odrębnego wadium przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wskazano także na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12.05.2006 r., sygn. akt: II CA 489/06 i stanowisko doktryny „W wyroku LEX nr 2946310, Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska, prezentowanego w wielu orzeczeniach KIO, jak również sądów powszechnych (np.: wyrok SO w Poznaniu z 12.05.2006 r., LEX nr 621219; wyrok SO w Słupsku z 23.07.2015 r., 10; wyrok SO w Warszawie z 14.10.2015 r., XXII Ga 1313/15), „zgodnie z którym gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum” (J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 97) oraz wyrok KIO 361/20 oraz podsumowano, że nie ulega wątpliwości, że gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum. Ponadto, żaden z przepisów p.z.p. nie wymaga, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wadium było wnoszone wspólnie przez wszystkich członków konsorcjum.

Odwołujący także podkreślił, że EXPERT Sp. z o. o. oraz T.K., w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz jego realizacji, zawarli umowę konsorcjum. Zgodnie z jej treścią liderem konsorcjum strony uczyniły EXPERT Sp. z o. o., która była umocowana m.in. do reprezentowania stron wobec zamawiającego i osób trzecich we wszelkich sprawach związanych z przygotowaniem oferty, przygotowaniem i złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności sporządzenia oferty zgodnie z SWZ postępowania o udzielenie zamówienia, a nadto wniesienia w imieniu stron wadium w formie i wysokości wymaganej przez zamawiającego – w tym zawarcia w imieniu stron umowy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej lub poręczenia. Co więcej, zdaniem odwołującego w samej umowie konsorcjum lider uzyskał już umocowanie (pełnomocnictwo) do podejmowania w imieniu konsorcjum czynności faktycznych i prawnych w toku postępowania o udzielenie zamówienia i w związku z ubieganiem się stron wspólnie o udzielenie zamówienia a także składania w imieniu stron konsorcjum oświadczeń, w tym składania zamawiającemu wszelkich oświadczeń mających wpływ na byt lub treść umowy z zamawiającym, jak też zawieranie z podmiotami trzecimi umów potrzebnych dla realizacji umowy o zamówienie, zawierania zobowiązań i podpisywania w imieniu konsorcjum dokumentów. Dodać należy, że zgodnie z umową konsorcjum, za zobowiązania zaciągnięte w ramach konsorcjum oraz szkody wyrządzone w ramach działalności konsorcjum, strony odpowiadają w stosunku do zamawiającego i podmiotów trzecich solidarnie, a nadto, oświadczenie woli złożone przez lidera konsorcjum wobec osób trzecich, w zakresie wspólnego działania w ramach konsorcjum wiąże strony, które ponoszą solidarną odpowiedzialność za zaciągnięte w tym trybie zobowiązania. Nie ulega zatem wątpliwości, że to EXPERT Sp. z o. o. jako lider konsorcjum był umocowany do zawarcia z UNIQA S.A. umowy gwarancji wadialnej – w imieniu wszystkich konsorcjantów – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym T.K.. W dacie wystawienia gwarancji (05 lutego 2024 r.) istniało już konsorcjum, a jego członkowie zgodnie dokonali jednoznacznego podziału zadań, wskazując, że odpowiedzialnym za pozyskanie i wniesienie wadium będzie EXPERT Sp. z o. o., a z przytoczonego wyżej orzecznictwa wynika natomiast, że gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, nałożenie na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nieprzewidzianego przepisami p.z.p. obowiązku zawartego w rozdziale XIII ust. 4 pkt 1 SWZ („w dokumencie wadium muszą być wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum – w przypadku oferty wspólnej”) ocenić należy jednocześnie jako nadmierne i pozbawione podstawy prawnej, która winna wynikać z przepisów p.z.p., a nadto pozbawione uzasadnienia prawnego, wobec wskazanych wyżej okoliczności dotyczącej solidarnego charakteru

odpowiedzialności wykonawców, albowiem obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza wadium, mają charakter solidarny, a co za tym idzie w dokumencie gwarancji, dla jego pełnej skuteczności (możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego bez względu na to, czy okoliczności określone w art. 98 ust. 6 p.z.p. zaistniały w odniesieniu do tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który został wskazany wprost w dokumencie gwarancji jako zobowiązany, czy też niewskazanego w nim) nie jest konieczne wskazanie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwolujący wskazał dalej, że do oferty załączony został także odrębny dokument pełnomocnictwa z dnia 05 lutego 2024 r., z którego wynika zakres pełnomocnictwa udzielonego spółce EXPERT Sp. z o.o. jako liderowi konsorcjum przez partnera konsorcjum T.K., które wywoływało pełne skutki prawne dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w pełni upoważniało lidera konsorcjum do złożenia oferty w imieniu konsorcjum, w tym do złożenia wraz z ofertą gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium a nadto do zawarcia umowy wadialnej z gwarantem. Bezsporne zatem jest, że wniesienie wadium przez EXPERT Sp. z o.o. nastąpiło również w imieniu i na rzecz T.K. jako partnera konsorcjum w związku ze wspólnym udziałem ww. podmiotów w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego.

Odwolujący podsumował, że nie ulega więc wątpliwości, że gwarancja została wniesiona przez konsorcjum. Skoro zobowiązany z tej gwarancji był niewątpliwie członkiem konsorcjum ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, gwarancja dotyczyła tego konkretnego postępowania, a udzielił on pełnomocnictwa liderowi konsorcjum do podpisania oferty, reprezentowania w postępowaniu, w tym wniesienia wadium przetargowego, złożenia oferty i podpisania umowy, to niewątpliwie złożenie przez lidera konsorcjum oferty z dołączeniem omawianej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium było złożeniem oferty w imieniu konsorcjum, zabezpieczonej tą właśnie gwarancją ubezpieczeniową.

Zarzuty nr 3 i nr 4 uzasadniono następująco. W ocenie odwołującego zamawiający naruszył także przepis art. 223 ust. 1 p.z.p., ponieważ pomimo wątpliwości co do objęcia poręczeniem wadialnym wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie dał odwołującemu możliwości wyjaśnienia wątpliwości i poparcia wyjaśnień dowodami. Tymczasem, gdyby zamawiający wystąpił do odwołującego, w trybie przewidzianym przepisami art. 223 ust. 1 p.z.p., Odwołujący mógłby wykazać – argumentacją zawartą w niniejszym odwołaniu oraz z pomocą dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, tj. umową konsorcjum oraz wnioskiem o zawarcie umowy gwarancji złożonym gwarantowi, że był uprawniony do zawarcia tej umowy w imieniu i na rzecz wszystkich konsorcjantów, zaś gwarancja ma dotyczyć zobowiązanych, którymi są członkowie konsorcjum, tj. EXPERT Sp. z o.o. oraz T.K.. Zważywszy na treść wniosku o zawarcie umowy gwarancji, gwarant udzielając gwarancji z dnia 05 lutego 2024 r. 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 gwarant nie odmówi zapłaty wadium. Zauważyć bowiem trzeba, że broker ubezpieczeniowy w dniu 02 lutego 2024 r. złożył w imieniu lidera konsorcjum ubezpieczycielowi wniosek o zawarcie umowy gwarancji, do którego załączono SWZ postępowania o udzielenie zamówienia, a także wzór umowy z zamawiającym oraz zawiadomienie o przedłużeniu terminu składania ofert i zmianie treści SWZ z dnia 31 stycznia 2024 r. We wniosku o udzielenie gwarancji zapłaty wadium wprost wskazano, że EXPERT Sp. z o.o. ubiega się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum, a nadto wskazano, że członkiem konsorcjum jest T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane G.T.. Zatem gwarant miał świadomość zakresu wniosku i wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia wskazanego w treści wniosku. Co więcej fakt, iż uwzględnił okoliczności wskazane w SWZ w zakresie warunków wadium oraz pozostałych załączników do wniosku o udzielenie gwarancji potwierdza także to, że okres gwarancji wskazano zgodnie z terminem wynikającym z informacji zamawiającego z dnia 31 stycznia 2024 r. o przedłużeniu terminu składania ofert i zmianie treści SWZ, zgodnie z którą nastąpiła zmiana terminu związania ofertą z dnia 02.03.2024 r. na dzień 06.03.2024 r.

Zamawiający uniemożliwił odwołującemu wykazanie prawidłowości wniesienia wadium innymi dowodami niż umowa konsorcjum i wnioski o udzielenie gwarancji zapłaty wadium, np. oświadczenia gwaranta, które to oświadczenia (z dnia 12 i 13 lutego 2024 r.). Odwołujący uzyskał, gdy dowiedział się o odrzuceniu jego oferty przez zamawiającego i przedkłada wraz z niniejszym odwołaniem. Z oświadczeń gwaranta z dnia 12 i 13 lutego 2024 r. wynika, że: „gwarancja zapłaty wadium nr 727500135005 z dnia 05 lutego 2024 r. złożona przez Wykonawcę EXPERT Sp. z o.o. ul. Kolejowa 37 73-115 Dolice jest ważna i skuteczna wobec członków konsorcjum niewskazanych w treści gwarancji, a zatem potwierdzamy, że dokonamy zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji, jeśli okoliczności skutkujące uprawnieniem po stronie beneficjenta do zgłoszenia roszczenia z gwarancji będą dotyczyć też pozostałych członków konsorcjum.” (oświadczenie UNIQA S.A. z dnia 13 lutego 2024 r.); „gwarancja zapłaty wadium nr 727500135005 z dnia 05 lutego 2024 r. złożona

przez Wykonawcę EXPERT Sp. z o.o. ul. Kolejowa 37, 73-115 Dolice jest ważna i skuteczna wobec członków konsorcjum tj. EXPERT Sp. z o.o. ul. Kolejowa 37, 73-115 Dolice oraz Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno Budowlanych G.T., 66-446 Deszczno, Maszewo Ruty 28, wskazanych zgodnie z przesłanym do nas wnioskiem ubezpieczeniowym, a nie ujętych w treści gwarancji, a zatem potwierdzamy, że dokonamy zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji, jeśli okoliczności skutkujące uprawnieniem po stronie beneficjenta tj. Gminy Pelczyce, do zgłoszenia roszczenia z gwarancji będą dotyczyły wszystkich członków konsorcjum.” (oświadczenie UNIQA S. A. z dnia 13 lutego 2024 r.). Odwołujący wskazał także, że argumentację wyrażoną w wyroku Izby z dnia 03 marca 2020 r., sygn. akt: KIO 361/20, jako mającą zastosowanie w tej sprawie

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców: Manilo Sp. z o.o. Sp. k. ul. Południowa 5, 71-001 Szczecin i Constructo Sp. z o.o. Rogówko 6A, 87-162 Lubicz, którzy zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Dalej Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego i zamawiającego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając oś sporu do weryfikacji prawidłowości badania i oceny oferty odwołującego dokonanej przez zamawiającego, w wyniku której oferta ta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miały wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ i złożone oferty, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego czynność odrzucenia oferty odwołującego, dokonana na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p., z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium jest właściwa (zarzuty nr 1 i nr 2). Ponadto, zamawiający nie miał uzasadnionych podstaw do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wniesienia wadium (zarzut nr 3), nie doszło również w postępowaniu do naruszenia zasad naczelných p.z.p. (zarzut nr 4).

Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło zgodnie z informacją z dnia 8 lutego 2024 r., w której zamawiający zaznaczył, że oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach - lider konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo Budowlane G.T. w Maszewie - partner konsorcjum, zgodnie zaś z postanowieniami SWZ (rozdział XIII, ust. 4 pkt 1), w przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji lub poręczenia: w dokumencie wadium muszą być wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum – w przypadku oferty wspólnej. Dalej zamawiający przywołał treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez odwołującego, tj. gwarancja z dnia 5 lutego 2024 r., nr 727500135005, wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. i podkreślił, że aktualnie w orzecznictwie Izby oraz Sądu Zamówień Publicznych przyjmuje się – co zamawiający podziela – że w sytuacji, w której oferta składana jest przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. konsorcjum), decydujące znaczenia dla oceny prawidłowości wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej ma jej treść, badana na dzień otwarcia ofert. Znaczenie drugorzędne ma natomiast treść stosunku prawnego pomiędzy wykonawcami, jak również solidarny charakter odpowiedzialności, o którym mowa w art. 455 ust. 1 p.z.p., co w zasadzie ma znaczenie jedynie przy odpowiedzialności za wykonanie umowy i przy wniesieniu należytego zabezpieczenia umowy, a więc w zakresie czynności następczych w stosunku do oceny i wyboru oferty. W ocenie zamawiającego wniesiona przez konsorcjum gwarancja wadium jest nieprawidłowa, niezgodna z wymaganiami SWZ oraz przepisami p.z.p., a w konsekwencji nie zabezpiecza należyte interesów zamawiającego, przez co nie może zostać uznana za wniesioną zgodnie z art. 97 i nast. p.z.p. Ponadto z treści

gwarancji niezbitcie wynika, że podmiotem zobowiązanym (oferentem) jest wyłącznie EXPERT Sp. z o.o., wypłata środków z gwarancji może nastąpić "z przyczyn leżących po jego stronie" (zobowiązanego - oferenta, czyli EXPERT Sp. z o.o., *vide* paragraf 2 ust. 2 pkt 1-2), czy też "z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego" (*vide* paragraf 2 ust. 2 pkt 3). Co więcej, w treści gwarancji nie znalazło się żadne postanowienie odnoszące się do składania oferty wspólnej, istnienia konsorcjum, czy też odpowiedzialności gwaranta za działania (zaniechania) drugiego współwykonawcy. Zdaniem zamawiającego ochrona gwarancyjna obejmuje więc wyłącznie postępowanie EXPERT Sp. z o.o. nazywanego w treści gwarancji zobowiązanym (oferentem).

Skład orzekający w pełni podziela ocenę zamawiającego dotyczącą wadliwości wadium odwołującego (gwarancja ubezpieczeniowa UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie z dnia 5 lutego 2024 r., nr 727500135005), zawartą w informacji o odrzuceniu tej oferty, jak również stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, przyjmując je za własne. W tym postępowaniu, w przeciwieństwie do przetargów dotyczących wskazanych przez odwołującego orzeczeń, które przywołano w odwołaniu, zamawiający w rozdziale XIII pn. „Wymagania dotyczące wadium”, pkt 4 ppkt 1) uregulował, iż „W przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji lub poręczenia w dokumencie wadium muszą być wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum – w przypadku oferty wspólnej”. Zatem w dokumentacji postępowania mamy szczególny obowiązek, dotyczący oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, złożenia gwarancji tu bankowej, w którym muszą zostać wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum. Odwołujący podniósł, że zgodnie z ww. treścią SWZ zamawiający określił jedynie oczekiwanie brzmienia dokumentu wadium, co nie znajduje podstawy w przepisach p.z.p., więc Izba wyjaśnia co następuje.

Po pierwsze, na obecnym etapie – po upływie terminu na składanie ofert, kiedy nie ma już możliwości rewizji brzmienia treści dokumentacji postępowania – ppkt 1 pkt 4 rozdziału XIII SWZ wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą. Niezaskarżone we właściwym terminie wymagania dla wadium, które jest wnoszone przez konsorcjum, nie mogą zostać pominięte, a oferta, która tych wymagań nie spełnia powinna zostać odrzucona. W szczególności, że w odwołaniu nie wskazano żadnych okoliczności, które mogłyby obiektywnie usprawiedliwiać działanie odwołującego, który dopiero po odrzuceniu jego oferty kwestionuje prawidłowość ukształtowania dokumentacji przez zamawiającego, których wady nie widział przed złożeniem oferty w postępowaniu, czyli wtedy, kiedy upłynął termin na ewentualne zaskarżenie tych postanowień. Środki ochrony prawnej służą bieżącej, adekwatnej do etapu postępowania korekty czynności zamawiającego i nie mogą być wnoszone w dowolnym, wybranym przez wykonawcę momencie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest częścią profesjonalnego obrotu gospodarczego, więc od jego uczestników wymaga się zachowania odpowiadającego podwyższonemu miernikowi zawodowej działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Zachowanie należytej staranności w działaniu polega także na podejmowaniu właściwych działań zabezpieczających interes wykonawcy, w tym na terminowym wnoszeniu środków ochrony prawnej. Przy czym podnoszenie wadliwości SWZ powinno służyć faktycznemu wskazaniu na niezgodne z normami p.z.p. działanie zamawiającego, na określonym przez ustawodawcę etapie postępowania (art. 515 ust. 2 p.z.p.), a nie zostać wykorzystywane w sytuacji, kiedy wykonawca nie spełni wiążących wymagań dokumentacji i odpowiedzialnością za swoje zaniechanie próbuje obarczyć zamawiającego.

Po wtóre, niezależnie od powyższego, skład orzekający stwierdził, że nie wykazano, aby przedmiotowe postanowienie SWZ było niezgodne z którąkolwiek z norm p.z.p., w szczególności, że odwołujący nie był w stanie nawet zidentyfikować rzekomej niezgodności z prawem – w tym zakresie odwołanie jest merytorycznie puste i sprowadza się do wskazywania na wykładnię norm p.z.p. dokonaną w innych stanach faktycznych, bez wskazania i wykazania naruszenia określonego przepisu ustawy. Jak zaś trafnie wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17 – na który powołał się odwołujący, poczynione przez Sąd Najwyższy rozważania dotyczące możliwości uznania wniesienia wadium za prawidłowe, w przypadku wskazania w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia jako dłużnika zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia, zgodnie z zagadnieniami/pytaniami omówionymi przez Sąd, miałyby zastosowanie „W razie odpowiedzi pozytywnej - z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”. *Ergo*, zgodnie z tym orzeczeniem zamawiający może w dokumentacji postępowania zastrzec postanowienia dotyczące wymaganego dokumentu gwarancji składanego przez konsorcjum, a zatem, tak jak w rozpoznawanym sporze – że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w gwarancji wadialnej muszą zostać wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum (ppkt 1 pkt 4 rozdziału XIII pn. „Wymagania dotyczące wadium”).

Odnosząc się do brzmienia gwarancji bankowej, Izba stwierdziła, że odwołujący nie dopełnił powyższego obowiązku i w treści wadium gwarant wskazał wyłącznie wykonawcę EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach, nie mamy wymienionego partnera konsorcjum. Z treści gwarancji wynika, że podmiotem zobowiązanym (oferentem) jest EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach (zdefiniowany w komparycji gwarancji jako „zobowiązany (oferent)"). Ochrona gwarancyjna

obejmuje wyłącznie postępowanie lidera konsorcjum. W gwarancji nie znalazło się żadne postanowienie odnoszące się do istnienia konsorcjum lub też w zakresie odpowiedzialności gwaranta za działania/zaniechania współwykonawcy T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane G.T. w Maszewie. W gwarancji bankowej wskazano, że wykonawca ma zamiar złożyć "ofertę", a nie wspólną ofertę, co mogłoby również sygnalizować fakt wystawienia gwarancji na konsorcjum. W treści gwarancji bankowej partner konsorcjum nie tylko nie został wymieniony, ale nawet nie wskazano, że EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach składa ofertę w ramach konsorcjum. Nawet kompleksowe ujęcie postanowień gwarancji, zgodnie z wolą odwołującego, nie zmienia oczywistej interpretacji zapisów dotyczących wypłaty sumy gwarancyjnej i jej podmiotowego zakresu. Żadna treść gwarancji nawet nie sygnalizuje, że dotyczy ona więcej niż jednego wykonawcy, pomijając już, że w żaden sposób nie dotyczy partnera konsorcjum wymienionego z nazwy.

Dodatkowo, w § 2 ust. 2 pkt 1-2 gwarancji wskazano, iż wypłata środków z gwarancji może nastąpić "z przyczyn leżących po jego stronie" (zobowiązanego, czyli EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach), czy też „z przyczyn leżących po stronie zobowiązanego” w § 2 ust. 2 pkt 3 gwarancji. W swojej treści wadium zawiera definicję „zobowiązanego” i jest nim wyłącznie EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach, gwarant więc precyzyjnie określił za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu bierze odpowiedzialność. W brzmieniu gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny – podmiotowy, jak i przedmiotowy – zakres odpowiedzialności gwaranta za działania/zaniechania EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach. Rekonstrukcja postanowień przedmiotowej gwarancji prowadzi do wniosku, że gwarant objął odpowiedzialnością wyłącznie przypadki zatrzymania wadium wynikające z działań i zaniechań zobowiązanego (EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach), nie zaś jakkolwiek innego podmiotu.

W ocenie Izby treść gwarancji jest jasna i nie budzi wątpliwości, brak jest zatem podstaw, aby stosować jakąkolwiek inną wykładnię niż literalna, nadinterpretowywać treść gwarancji, czy przypisywać jej znaczenia inne niż wskazuje jej brzmienie (aczkolwiek nawet w drodze wykładni dokumentu nie sposób wywieść, że dotyczy ona także partnera konsorcjum). Z treści przedmiotowej gwarancji wprost bowiem wynika, kto jest dłużnikiem i brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia pozwalającego na identyfikację, jako dłużnika, jakiegokolwiek innego podmiotu. Odmienne interpretowanie postanowień gwarancji prowadziłyby do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta w sposób niewynikający z treści samego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, co jest niedopuszczalne. W szczególności, że z omawianej gwarancji nie można w sposób obiektywnie uzasadniony wyinterpretować, że odpowiedzialność gwaranta obejmuje również sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, kiedy zobowiązany w niej wymieniony także ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Gwarancja nie zawiera informacji o tym, że dłużnik działa w ramach konsorcjum z innymi wykonawcami albo że jest liderem konsorcjum. Brak takich zapisów uniemożliwia przyjęcie, że zasadne jest oczekiwanie, że gwarant byłby zobowiązany do wypłacenia sumy gwarancyjnej za działania i zaniechania jakiegoś innego podmiotu, poza wykonawcą EXPERT Sp. z o.o. w Dolicach wskazanym w treści gwarancji.

Jak trafnie argumentowano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt: XXIII Zs 1/23, odnoszącego się do tożsamego stanu faktycznego, „Gwarancja ubezpieczeniowa musi być interpretowana ściśle, a nie dowolnie i rozszerzająco. Obaj wykonawcy powinni być wymienieni w treści gwarancji jako dłużnicy, aby nie powstała żadna wątpliwość odnośnie ich odpowiedzialności za działania i zaniechania konsorcjum. (...) W związku ze szczególną funkcją zamówień publicznych, która wyraża się m.in. w tym, aby możliwie jak najszerzej chronić interes społeczny poprzez racjonalne dysponowanie środkami publicznymi, nie wystarcza subiektywne przekonanie zamawiającego o tym, że potencjalny wykonawca złożył wadium w sposób odpowiedni. Ochrona gwarantowana przez wadium musi mieć wymiar obiektywny, ponieważ tylko wtedy zapewniona jest gwarancja ochrony interesu publicznego przed wszelkimi uchybieniami po stronie wykonawców. (...) Nie ma przy tym znaczenia, iż gwarancja odwołuje się do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To sam dokument gwarancji ma być podstawą wypłacenia sumy gwarancyjnej, a nie stanowić jeden z dokumentów, które gwarant miałby brać pod uwagę i analizować w toku ewentualnej realizacji swojego zobowiązania. (...) Wniesienie wadium w formie gwarancji wadialnej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje treść gwarancji wadialnej, która może być ukształtowana różnie. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej ofertę konsorcjum nie zawsze wszyscy współwykonawcy muszą być konkretnie wskazani w treści gwarancji. Wystarczające jest rodzajowe oznaczenie współwykonawców. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę (zlecającego) należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecydował lub zdecydował się on złożyć ofertę. Dopuszczalne jest również wniesienie wadium w postaci gwarancji, w której jako zleceniodawcę (wykonawcę) wskazano tylko jednego ze współwykonawców, o ile z treści gwarancji można wyinterpretować, że odpowiedzialność gwaranta obejmuje również

sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Taką oznaką mogłoby być wskazanie w treści gwarancji, że "przyczyny leżące po stronie wykonawcy" (art. 98 ust. 6 pkt 1 i 3 p.z.p.) obejmują również działania i zaniechania ewentualnych i nieznanymi gwarantowi współwykonawców.", czego w rozpoznawanym sporze zabrakło.

W przywołanym wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie także zasadnie podniesiono, że „Należy poczynić generalną uwagę, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jest to solidarność bierna wykonawców. Solidarna odpowiedzialność aktualizuje się po wyborze najkorzystniejszej oferty. Przed podpisaniem umowy wykonawcy zobowiązani są do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedzialność dotyczy także realizacji umowy, podczas której wykonawcy wspólnie ubiegający się ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (tak: Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod red. M. Sieradzkiej, Warszawa 2022 r., Legalis). Podkreślenia wymaga, że w niniejszej sprawie zachodzi sytuacja, w której w dokumencie wadialnym nie zostali wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (wszyscy członkowie konsorcjum), a jedynie wykonawca, na którego zlecenie dokument został wystawiony i który w treści gwarancji określany jest mianem wykonawcy. Literalna wykładnia treści takiego dokumentu prowadzi do uznania, że wadium zostało wniesione jedynie przez jednego z wykonawców i zabezpiecza tylko jego ofertę, podczas gdy oferta składana jest przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 58 ust. 1 p.z.p.

Ocena prawidłowości i skuteczności wniesienia wadium w takiej sytuacji powinna być dokonywana każdorazowo przez całościową wykładnię treści oświadczenia woli gwaranta, dokonywaną z uwzględnieniem wytycznych określonych w art. 65 k.c. (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17, Legalis). Ocena ta powinna zmierzać do ustalenia, czy postanowienia w danej gwarancji literalnie mogą stanowić dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium. Potwierdza to generalną zasadę, powszechnie aprobowaną w orzecznictwie i piśmiennictwie, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej, niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 p.z.p. Zobowiązanie gwaranta ma bowiem charakter zobowiązania abstrakcyjnego i nieakcesoryjnego (wobec stosunku podstawowego między zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia), co oznacza, że jego zakres wyznaczany jest treścią dokumentu wadialnego (tak: Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod red. M. Jaworskiej, Warszawa 2022 r., wyd. 4, Legalis). Gwarant w dokumencie gwarancji za każdym razem precyzyjnie określa, za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu bierze odpowiedzialność. W treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie zakres odpowiedzialności gwaranta (podmiotowy i przedmiotowy). (...)

Ostatecznie to gwarant podejmie decyzję, czy udzielona przez niego gwarancja obejmuje także przyczyny, za które ponosi odpowiedzialność inny podmiot niż wskazany w gwarancji wykonawca (np. wykonawca będący członkiem konsorcjum). Należy przy tym mieć na uwadze, że objęcie gwarancją innego podmiotu niż wskazany w treści gwarancji (nawet członka konsorcjum), ma wymierny wpływ na zakres odpowiedzialności gwaranta. Powstaje zatem pytanie, czy gwarant udzielając gwarancji liczył się z tego rodzajem zwiększenia swojej odpowiedzialności (por.: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 31/21, Legalis). Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie generalnie powinna być negatywna. Trudno podejrzewać gwaranta o tak daleką antycypację rzeczywistości. Wskazać należy, że wadliwość gwarancji ubezpieczeniowej w niniejszej sprawie polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań (...) sp. z o.o., z pominięciem (...) sp. z o.o., z którą (...) sp. z o.o., złożyła ofertę wspólną. Wniesienie wadium jest prawidłowe, jeżeli daje zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W przypadku objęcia gwarancją ubezpieczeniową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant ma możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców, nie wymienionego w gwarancji. W takiej sytuacji nie można uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium (por.: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1041/15, Legalis).

Odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy wyłącznie relacji między tymi podmiotami a zamawiającym. Nie kształtuje relacji z innymi instytucjami, takimi jak ubezpieczyciel (gwarant). Nie istnieje zatem także solidarna odpowiedzialność pomiędzy konsorcjantami na etapie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, ponieważ ustawa - Prawo zamówień publicznych - ustanawia tę odpowiedzialność jedynie w zakresie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy. Przez czynność prawną, jako podstawę solidarności, należy rozumieć wyłącznie samą umowę z zamawiającym, ponieważ nie można nikogo zobowiązać bez jego zgody ani też przyznać mu określonego prawa, jeśli sobie tego nie życzy. Zatem przy czynności prawnej jednostronnej, solidarność zawiązuje się wyłącznie, gdy upoważnienie do dokonania czynności zawarte zostało we wcześniejszej umowie.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt: XXIII Zs 1/23).

Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 31/21 – który dotyczy analogicznej treści gwarancji bankowej, wystawionej wyłącznie na lidera konsorcjum, bez wskazania, że działa on w ramach konsorcjum –słusznie wskazał, że: „(...) byt gwarancji bankowej jest niezależny od stosunku podstawowego, jaki łączy beneficjenta z osobą, za którą gwarant gwarantuje. Jego zakres wyznaczony jest zatem treścią dokumentu gwarancyjnego, który ma podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta. Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielania gwarancji. Faktem jest, że dla skuteczności tego sposobu zabezpieczenia, istotne jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, przez co należy rozumieć możliwość wypłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań. Gwarancję bankową można porównać do konstrukcji zobowiązania wekslowego, które ma również charakter abstrakcyjny, co oznacza, że obowiązek zapłaty sumy wekslowej jest niezależny od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania wekslowego. Przekładając powyższe uwagi na realia niniejszej sprawy wskazać w konsekwencji należy, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Konieczność oceny prawidłowości wadium na podstawie złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom, dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który dla zamawiającego korzystnie lub nie zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium. Wobec powyższego gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna. Stanowisko takie zyskało akceptację w judykaturze. (...)

Zdaniem sądu okręgowego okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdziałnikiem solidarnym, nie może stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji. Zatem nawet jeśli, jak w niniejszej sprawie, członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji. (...) Nie jest zatem tak, że z uwagi na fakt, że zobowiązanie gwaranta wynikające z gwarancji opatrzonej klauzulami: „bezwarunkowo”, „nieodwołalnie” i „na pierwsze żądanie” jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, samodzielny i nieakcesoryjny a gwarant nie może bronić się przed żądaniem zapłaty. Ryzyko gwaranta nie może obejmować okoliczności nieprzewidzianych w umowie. Gwarant może powołać się na nadużycie przez wierzyciela gwarancji celu zabezpieczenia ale może też wykorzystać konstrukcję naruszenia umowy gwarancyjnej. W konsekwencji nie można wykluczyć, że gwarant podniósłby, w sytuacji zobowiązania do zapłaty, zarzut braku swojej odpowiedzialności za działania i zaniechania (...) spółki z o.o. w T., bowiem podmiot nie w żaden sposób nie jest objęty gwarancją banku. Podsumowując, zasadnym jest twierdzenie zawarte w treści skargi, że oferta konsorcjum (...) winna zostać odrzucona, gdyż wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy a zatem gwarancja bankowa nie zabezpieczała interesów zamawiającego sposób wystarczający. Zamawiający był bowiem narażony na ryzyko odmowy przez gwaranta wypłaty z tytułu gwarancji w sytuacjach, w których okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium spowodowane byłyby działaniami i zaniechaniami drugiego z uczestników konsorcjum.”.

Skład orzekający przywołane poglądy podziela i przyjmuje za własne. Mając zaś na uwadze powyższe, w ocenie Izby dokument gwarancji ubezpieczeniowej UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie z dnia 5 lutego 2024 r., nr 727500135005, został oceniony przez zamawiającego w sposób właściwy, a czynność odrzuceniu oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy była zasadna, więc zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania, jako zarzuty nieposiadające uzasadnionych podstaw, zostały przez skład orzekający oddalone.

Izba oddaliła również zarzut nr 3 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, ponieważ nie udowodniono żadnych obiektywnie uzasadnionych podstaw do wezwania do przedstawienia przedmiotowych wyjaśnień. W tym nie wskazano podstawy prawnej do oceniania przez zamawiającego dodatkowych, niewymaganych w SWZ i niezłożonych na etapie badania i oceny ofert dokumentów, kiedy dokument wadium jest co do zasady dokumentem, którego się nie uzupełnia. Dodatkowo,

przedmiotowe dokumenty zostały zaliczone na poczet materiału procesowego i w ocenie składu orzekającego – o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia – nie mogły doprowadzić do uznania gwarancji bankowej odwołującego za wniesioną prawidłowo, czyli zgodną z normami p.z.p. i treścią ppkt 1 pkt 4 rozdziału XIII SWZ. Przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego nie miałyby żadnego wpływu na zasadność odrzucenia oferty odwołującego, którą zdaniem składu orzekającego odrzucono w sposób właściwy, zatem *a priori* nie mogłoby to mieć nawet hipotetycznego wpływu na prawidłowy wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oddalono także niepotwierdzony i powiązany z pozostałymi zarzutami, zarzut nr 4 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 16 p.z.p. poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby zamawiający zachował się prawidłowo, a dopuszczenie do wyjaśnienia treści gwarancji bankowej, w tym weryfikacja nieznanymi SWZ dokumentów, składanych po terminie na złożenie ofert, stanowiłoby o nieuprawnionym premiowaniu działania odwołującego, który nie dochował należytej staranności i nie zadbał o właściwy dokument wadium, czyli wprost naruszałoby rzeczone zasady naczelne ustawy p.z.p. (art. 16 pkt 1 p.z.p.).

Izba postanowiła zaliczyć na poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego: pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum z dnia 5 lutego 2024 r., umowę konsorcjum z dnia 18 stycznia 2024 r., korespondencję brokera P.B. z gwarantem wraz z wnioskiem o udzielenie gwarancji zapłaty wadium z załącznikami oraz oświadczenia gwaranta z dnia 12 i 13 lutego 2024 r. z pełnomocnictwem dla pani E.D., jednakże dokumenty te okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, ponieważ nie mogą stanowić podstawy do konwalidacji wadliwej treści gwarancji ubezpieczeniowej, której treść ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu. W tym oświadczenia gwaranta zostały złożone dopiero po odrzuceniu oferty odwołującego, kiedy gwarancja winna być oceniona na etapie oceny ofert i nie podlega późniejszemu uzupełnieniu. Innymi słowy, niebudzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej, nie zaś z odrębnych od gwarancji następczych oświadczeń banku, modyfikujących treść gwarancji, nieznanymi zamawiającemu na etapie składania ofert.

Skład orzekający w całości zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 31/21, który dotyczy tożsamego stanu faktycznego, uznającym za niezasadne dokonywanie interpretacji gwarancji wadialnej z uwzględnieniem innych dokumentów, tj. „Co do umowy, to jej zapisy regulują wyłącznie stosunek pomiędzy partnerem a liderem konsorcjum określając zasady ich wspólnego ubiegania się o zamówienie oraz dalej wspólnej realizacji zamówienia. Zapisy tej umowy w żaden sposób nie wpływają na stosunek gwarancji. Z kolei, odpowiedzialność solidarna konsorcjantów jest wyłącznie cechą stosunku podstawowego. Zasadnie wskazano w skardze, że okoliczność dotycząca solidarności odpowiedzialności podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma znaczenia w kontekście zasadności zatrzymania wadium przez zamawiającego w przypadku, gdy przesłanki zatrzymania wadium powstaną po stronie dowolnego konsorcjanta, jednak nie ma już znaczenia przy ustaleniu obowiązku gwaranta do zapłaty sumy gwarancyjnej w przypadku, gdy wadium wniesiono w postaci nieakcesoryjnej gwarancji bankowej. Odpowiedzialność gwaranta wynika ściśle z treści umowy gwarancyjnej a tym samym solidarna odpowiedzialność konsorcjantów mogłaby być brana pod uwagę przy ocenie prawidłowości takiego wadium jedynie wówczas, gdyby w treści gwarancji wynikało, że taka solidarna odpowiedzialność była objęta zobowiązaniem gwaranta do zapłaty oznaczonej sumy. (...) Co istotne, na etapie podejmowania decyzji w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający nie dysponował spornym pismem banku z 14 stycznia 2021 r. zaś gwarancja winna być oceniona na etapie oceny ofert i nie podlega uzupełnieniu. Dokument ten nie stanowił części listu gwarancyjnego złożonego wraz z ofertą konsorcjum a zatem nie może być oceniany jako element nawiązanego pomiędzy zamawiającym a gwarantem stosunku gwarancji. Dokumentem tym zamawiający w ogóle nie dysponował na etapie prowadzanego przez siebie postępowania a tym samym nie mógł on być podstawą oceny prawidłowości decyzji zamawiającego odnośnie do odrzucenia oferty. (...) Sąd okręgowy za niezasadne uznał stanowisko, według którego interpretacji gwarancji wadialnej należy dokonywać z uwzględnieniem innych dokumentów, w tym umowy konsorcjum.”.

Podobne stanowisko zajęto w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015 r. sygn. akt: XXIII Ga 1041/15, gdzie argumentowano, że „Ustosunkowując się w następnej kolejności do sporządzonego przez D. Bank pisma z dnia 17 marca 2015 r., w którym potwierdzono, że gwarancja wystawiona została w stosunku do konsorcjum składającego się z firm: (...) S.A. i (...) sp. z o.o. sp.k. podkreślić z naciskiem należy, że prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości uzupełnienia wadium, w tym również dokumentów potwierdzających wniesienie wadium w formach, o których mowa w art. 45 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli treść poręczeń lub gwarancji, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 tej ustawy została zmieniona, dodatkowe dokumenty zawierające zmiany dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem wystawione aneksy powinny zostać złożone zamawiającemu wraz z dokumentem głównym, o ile sporządzone zostały przed upływem terminu składania ofert. Niebudzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej, nie zaś z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień banku – gwaranta.”.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

W konsekwencji powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony wpis (10 000,00 zł), koszty odwołującego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), zgodnie z limitem wynikającym § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia, i koszty związane z dojazdem pełnomocnika odwołującego na wyznaczone posiedzenie i rozprawę (1 903,00 zł) zaokrąglone do pełnych złotych. Powyższe ustalono na podstawie złożonych do akt sprawy na rozprawie faktur VAT.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....