Sygn. akt: KIO 368/15

WYROK
z dnia 11 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Piotr Kozłowski
Luiza Łamejko
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2015 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie (81-731), przy ul. Hestii 1, Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie (00-133), Al. Jana Pawła II 24, Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA" S.A. z siedzibą w Warszawie (00-805), przy ul. Chmielnej 85/87, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie (97-400), przy ul. Węglowej 5, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi (90-520), przy ul. Gdańskiej 132, Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie (02-675), przy ul. Wołoskiej 22a, INTERRISK Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie (00-668), przy ul. Noakowskiego 22, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A, Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA" S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Sopockie Towarzystwo Ergo Hestia S.A, Ubezpieczeń Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA" S.A. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 368/15

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo Naftowe i Energetyka Konwencjonalna S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn.: „Ubezpieczenie budowy nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów" (znak sprawy GEK/ELT/0701/2012), zwane dalej „Postępowaniem". Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2013 r. pod nr 2013/S 192-331846.

W dniu 16 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., INTERRISK TU S.A. Vienna Insurance Group (dalej: „Konsorcjum Uniqa") oraz o wykluczeniu z udziału w Postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA" S.A.

W dniu 25 lutego 2015 r. wykluczeni wykonawcy (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Izby odwołanie, w którym zaskarżyli czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie ich z udziału w Postępowaniu. Zarzucili Zamawiającemu, że naruszył niżej wskazane przepisy:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp przez niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania oraz uznanie, iż wniesione przez Odwołującego wadium jest wadliwe i nie zabezpiecza jego oferty.
3. art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty Konsorcjum Uniqa,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
3. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że ma interes we wniesieniu odwołania. W następstwie naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał

---

uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający poprzez wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania naruszył interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, że wskutek opisanych działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący przytoczył następującą chronologię zdarzeń:

1. w dniu 3 października 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane zostało pod nr 2013/S 192-331846 ogłoszenie o zamówieniu pn. „Ubezpieczenie budowy nowego bloku w Elektrowni Turów",
2. pismem z dnia 16 kwietnia 2014 r. Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty wstępnej,
3. pismem z dnia 8 października 2014 r. Odwołujący został zaproszony przez Zamawiającego do negocjacji,
4. pismem z dnia 30 grudnia 2014 r. Odwołujący został zaproszony przez Zamawiającego do drugiej tury negocjacji,
5. pismem z dnia 23 stycznia 2015 r. Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty,
6. w odpowiedzi na zaproszenie Odwołujący złożył ofertę oraz wniósł wadium w formie gwarancji bankowej,
7. pismem z dnia 9 lutego 2015 r. Odwołujący – za pośrednictwem lidera konsorcjum – zawiadomił Zamawiającego o złożonym w dniu 9 lutego 2015 r. wypowiedzeniu pełnomocnictwa przez jednego z członków Konsorcjum – Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A.,
8. pismem z dnia 16 lutego 2015 r. Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu z Postępowania oraz o odrzuceniu złożonej oferty.

W treści uzasadnienia informacji o wykluczeniu Zamawiający wskazał, iż do oferty z dnia 9 lutego 2015 r. Odwołujący dołączył gwarancję wadialną nr BOFH150064836GK/K wystawioną w dniu 5 lutego 2015 r. przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. (dalej: „Gwarancja"). W treści Gwarancji zdefiniowano pojęcie „Wykonawcy" jako „Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., PZU S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „Warta" S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz S.A." oraz pojęcie „Oferty" jako oferty złożonej przez

Wykonawcę zdefiniowanego w Gwarancji. Gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty określonej w Gwarancji kwoty na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, jeżeli zdefiniowany w jej treści wykonawca nie wywiąże się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 Pzp, tj. będąc poinformowany o wyborze jego oferty w okresie jej ważności m.in. odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Ponadto w Gwarancji znalazło się postanowienie, że jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej

Oferty (rozumianej zgodnie z zawartą w jej treści definicją). Gwarant zobowiązał się jednostronnie do udzielenia gwarancji dnia 5 lutego 2015 r., natomiast zgodnie z oświadczeniem Lidera odwołującego się konsorcjum – Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. zmiana składu konsorcjum nastąpiła w dniu 9 lutego 2015 r. W ocenie Zamawiającego „[…]wynika stąd, że jedynie złożenie Oferty zdefiniowanej w Gwarancji (a więc przez Wykonawców w składzie STU Ergo Hestia S.A., TUiR „Warta" S.A. PZU S.A. oraz TUiR Allianz S.A.) i następnie odmowa podpisania umowy na warunkach w niej określonych umożliwia zrealizowanie roszczenia podmiotu uprawnionego z Gwarancji, tj. Zamawiającego.[…]". Zamawiający podkreślił również, że „[…]brak któregokolwiek elementu z tak opisanego w Gwarancji materialnego warunku zapłaty upoważnia Bank do odmowy zapłaty sumy gwarancyjnej[…]". Wskazał dodatkowo również, że „[…]mając na uwadze szczególne cechy gwarancji wadialnej, a więc:

- abstrakcyjny charakter zobowiązania Banku, który wymusza − ścisłe,
- literalne interpretowanie warunków materialnych skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji, określonej w samej treści dokumentu,
- brak możliwości dokonania zgodnie z Ustawą po upływie terminu składania ofert, − jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnień gwarancji wadialnej[…]",

należało, w ocenie Zamawiającego „[…]uznać złożone przez Wykonawcę – konsorcjum w składzie: Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA" S.A. wadium za wadliwe.[…]". Dalej Zamawiający podniósł, iż w jego ocenie należy zatem uznać, iż Odwołujący nie zabezpieczył swojej oferty wymaganym przez Zamawiającego wadium, a więc że podlega wykluczeniu z Postępowania, a jego ofertę należy uznać za odrzuconą.

Odwołujący stwierdził, że decyzja Zamawiającego w zakresie wykluczenia z stępowania jest całkowicie niezrozumiała. Zgodnie z art 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy m.in. nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Taką podstawę prawną przyjął Zamawiający wykluczający jako podstawę wykluczenia Odwołującego.

Odwołujący przytoczył brzmienie przepisu art. 45 ust. 1, 3 i 6 Pzp i stwierdził, że wybrał formę gwarancji bankowej i złożył ją wraz z ofertą. Gwarancja spełniała wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego, jak również przepisy prawa, zatem postawiony przez Zamawiającego zarzut przedłożenia wadliwego dokumenty gwarancji bankowej należy uznać za chybiony i wynikający z błędnej wykładni jej postanowień.

Powołując się na orzecznictwo Zespołu Arbitrów, Izby i sądów okręgowych Odwołujący stwierdził, że gwarancja, w której treści wymieniony jest tylko jeden podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z innymi wykonawcami jest prawidłowo wniesionym wadium w tej formie. Podkreślił również, że z istoty gwarancji bankowej wynika,

iż stosunek zobowiązaniowy powstaje jedynie na linii bank-beneficjent (zamawiający). Odwołujący stwierdził ponadto, że gwarancja bankowa z dnia 5 lutego 2015 r. została wystawiona na zlecenie Lidera konsorcjum, a nie zlecenie wszystkich jego członków. Bez znaczenia pozostaje fakt, iż na wstępie gwarancji wskazano na skład członków konsorcjum. Wskazał również na przepis art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U.2012.1376 j.t. ze zm.), zgodnie z którym wypłata świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta uzależniona jest jedynie od spełnienia warunków zapłaty, a nie jakichkolwiek innych. Warunki zapłaty, od których będzie ona uzależniona, zostały wskazane w pkt 1-4 akapitu drugiego treści gwarancji z dnia 5 lutego 2015 r. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego kwestia definicji Wykonawcy nie miała znaczenia dla ważności zobowiązania banku, albowiem nie była warunkiem zapłaty.

Odwołujący wskazał również na cel składania wadium w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego i stwierdził, że skoro przedłożony przez niego dokument gwarancyjny spełnia wymogi formalne zarówno określone przez Zamawiającego, jak i wynikające z obowiązujących przepisów prawa, to nie można postawić tezy, iż wadium nie zostało wniesione skutecznie, bowiem interes Zamawiającego jest właściwie zabezpieczony z uwagi na możliwość skutecznej realizacji roszczeń z gwarancji. Zdaniem Odwołującego nie można pominąć także i tej okoliczności, że w niniejszej sprawie sam gwarant, tj. Bank Powszechna Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie potwierdził w piśmie z dnia 9 lutego 2015 r., iż wystawiona przez niego gwarancja jest w pełni ważna i skuteczna również w przypadku złożenia oferty cenowej (tj. oferty pierwotnej, o której mowa w dokumencie gwarancji) przez wykonawcę w składzie Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie – lider konsorcjum; Powszechny Zakład Ubezpieczeń z siedzibą w Warszawie – członek konsorcjum oraz Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA" S.A. z siedzibą w Warszawie – członek konsorcjum.

Odwołujący powołał się również na stanowisko Izby kwestionujące nadmierny formalizm w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnoszący się do zbyt rygorystycznego stosowania przepisów Pzp, w tym wypadku w zakresie dotyczącym złożonej na zabezpieczenie interesu Zamawiającego gwarancji bankowej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, przytaczając na uzasadnienie następującą argumentację.

W pierwszeństwie wskazał, że w dniu 9 lutego 2015 r. został przez Odwołującego poinformowany o wypowiedzeniu pełnomocnictwa przez jednego z członków konsorcjum, a co za tym idzie – o zmianie składu konsorcjum. W dniu 10 lutego 2015 r. Odwołujący złożył ofertę, do której załączył Gwarancję, stanowiącą podstawę wykluczenia go z Postępowania.

Zamawiający przytoczył treść dokumentu gwarancji odnoszącą się do pojęć „Wykonawcy" i „Oferty" oraz warunków jej realizacji i stwierdził, że materialnym warunkiem określonym w Gwarancji, który aktualizuje zobowiązanie banku – gwaranta jest m. in. odmowa podpisania

umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie (w rozumieniu wynikającym z treści gwarancji) złożonej przez Wykonawcę (a więc – zgodnie z definicją z dokumentu gwarancji – przez konsorcjum składającego się z czterech podmiotów). Niezisziczenie się któregokolwiek z tak opisanych warunków wypłaty upoważniało gwaranta do odmowy spełnienia świadczenia. Stwierdził również, że przedstawioną wykładnię treści Gwarancji zdaje się potwierdzać także Odwołujący, który – po dokonanej po jego stronie zmianie podmiotowej – uznał za zasadne wystąpienie do wystawcy gwarancji o potwierdzenie jej skuteczności w zmienionych okolicznościach. Podkreślił także, że warunki wypłaty świadczenia z gwarancji określane są wyłącznie przez wystawcę dokumentu, wobec czego istnieje konieczność ścisłej ich wykładni oraz że nie ma, na gruncie przepisów Pzp, dokonywania wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentu gwarancji wadialnej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum Uniqa wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 4 marca 2015 r. sformułowało dodatkowo wniosek o jego odrzucenie na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp uzasadniając swoje stanowisko procesowe jak niżej.

W zakresie powołanej podstawy odrzucenia odwołania Konsorcjum Uniqa podało, że w doktrynie oraz orzecznictwie przeważa stanowisko, że konsorcjum stanowi szczególny typ spółki cywilnej, do którego stosuje się przepisy art. 860 i nast. K.c. Przyjmując, że odwołujące się konsorcjum zostało zawarte na czas nieoznaczony, konsorcjant mógł ją wypowiedzieć na trzy miesiące naprzód na koniec roku obrachunkowego (art. 869 k.c.}. Zakładając natomiast bardziej prawdopodobny wariant, tj. że konsorcjum, które złożyło odwołanie, zostało zawiązane na okres realizacji zamówienia publicznego, to w składzie konsorcjum nie można było dokonywać zmian w okresie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego realizacji. Przepisy prawa tylko w ściśle określonych wypadkach przyznają uprawnienie do wypowiedzenia umowy na czas określony. Kwestie związane z możliwością rozwiązania konsorcjum w okresie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego realizacji można byłoby ewentualnie uregulować w umowie konsorcjum (oczywiście z tym zastrzeżeniem, że można takie postanowienie umowne wprowadzić i będzie ono skuteczne), Odwołujące się konsorcjum nie przedstawiło jednakże umowy konsorcjum, z której wynikałoby uprawnienie do jej wypowiedzenie na dowolnym etapie Postępowania. Chociaż Odwołujący nie miał obowiązku składać powyższego dokumentu wraz z ofertą, to powinien taki dokument Zamawiającemu przedstawić, tym bardziej wobec dokonywanych zmian podmiotowych w jego składzie, w szczególności w celu wykazania,

że zmiana podmiotowa w składzie konsorcjum w jakikolwiek sposób nie wpłynie na sposób realizacji zamówienia publicznego. Konsorcjum Uniqa podkreśliło, że uzupełnienie umowy konsorcjum w trakcie postępowania odwoławczego będzie nieskuteczne, ponieważ nie będzie można ustalić, czy wspomniana umowa rzeczywiście została zawarta przed wszczęciem procedury przetargowej, czy wyłącznie na potrzeby procedury odwoławczej. W powyższym kontekście zwróciło uwagę, że wniosek dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony

przez czterech konsorcjantów. Przed złożeniem oferty jeden z nich wypowiedział pełnomocnictwa i wycofał się z dalszego udziału w Postępowaniu. Ofertę jak i odwołanie złożyło tymczasem konsorcjum składające się z trzech podmiotów. Zestawiając zaistniały stan faktyczny z powyższym wywodem należy podnieść, że ofertę i odwołanie powinny złożyć wszystkie podmioty, które złożyły wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Nawet w razie stosowania art. 869 K.c. umowa konsorcjum dalej obowiązywała wszystkich czterech członków konsorcjum w momencie składania odwołania. Odwołanie powinno zatem zostać złożone przez czterech członków konsorcjum, albowiem po ich stronie nie występuje solidarność czynna, umożliwiająca każdemu z członków konsorcjum samodzielne działanie w imieniu pozostałych (art. 369 w zw. z art. 367 K.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Na uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania Konsorcjum Uniqa podało, że obszernie przytaczane w odwołaniu orzecznictwo Izby zapadło na tle odmiennych stanów faktycznych. W przeważającej większości wyroki odnoszą się bowiem do przypadku, gdzie w treści gwarancji wadialnej (bankowej bądź ubezpieczeniowej) nie zostali wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum, względnie wymieniono tylko lidera konsorcjum. Tymczasem, w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy oceny wymaga sytuacja, w której oferta złożona została przez mniejszą niż wymieniona w treści gwarancji liczbę podmiotów. Zdaniem Konsorcjum Uniqa w takiej sytuacji nigdy nie dojdzie do ziszczenia przesłanek odpowiedzialności gwaranta.

Konsorcjum Uniqa stwierdziło następnie, że gwarancja wadialna powinna prawidłowo wymienić podmiot zobowiązany, którego działania lub zaniechania skutkują możliwością jej realizacji. O ile w przypadku wymienienia jako zobowiązanego jednego członka konsorcjum gwarancja będzie prawidłowa (m.in. ze względu na solidarną odpowiedzialność konsorcjum, wynikającą z art 864 K.c, oznaczającą, że działania lub zaniechania jednego członka konsorcjum wpływają na działania lub zaniechania pozostałych członków konsorcjum), o tyle określenie jako wykonawcy konsorcjum (specjalnego typu spółki cywilnej), które nie złożyło oferty, bezwzględnie powoduje wadliwość gwarancji. W takiej sytuacji gwarant mógłby odmówić wypłaty środków z gwarancji w powołaniu na to, że Wykonawca (składający się z czterech członków konsorcjum) nie złożył Oferty. Nawet solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum nie konwaliduje wadliwości gwarancji z racji błędnego określenia wykonawcy.

W ocenie Konsorcjum Uniqa za bezskuteczne uznać należy próby sanowania gwarancji wadialnej przez składanie dodatkowego oświadczenia gwaranta. Gwarancja ma charakter abstrakcyjny i z tego względu winna być interpretowana zgodnie z jej postanowieniami. Gwarant składając dodatkowe oświadczenia i zapewnienia nie wpływa na rozszerzenie uprzednio przyjętych zobowiązań. Zauważyć wypada ponadto, że oświadczenie banku PEKAO S.A. nie zostało złożone wraz z ofertą, a dopiero wraz z odwołaniem, stąd też ten dokument w ogóle nie powinien być brany pod uwagę. Podkreśliło, że w odniesieniu do spornej gwarancji obowiązuje wyłączność literalnej wykładni jej postanowień. Niedopuszczalne jest zatem stosowanie

jakiegokolwiek innego rodzaju wykładni, w tym w szczególności wykładni celowościowej lub systemowej do analizy sformułowań zawartych w gwarancji wadialnej.

Konsorcjum Uniqa wskazało dodatkowo, że rygorystyczne wymogi interpretacji gwarancji wadialnej nie są celem samym w sobie, lecz zmierzają do zabezpieczenia interesów zamawiającego. Nawet tak drobne omyłki w gwarancji wadialnej jak powołanie artykułu zamiast ustępu w przesłankach wypłaty wadium skutkuje uznaniem jej za wadliwą. Wiarygodność i moc dowodowa tak ważnego dla zamawiającego i całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentu, sporządzonego w sposób wadliwy i nierzetelny, doznaje znacznego „osłabienia". Z kolei całokształt okoliczności związanych z przedmiotowym dokumentem wadialnym oznaczałby, że przyjęcie tego dokumentu (przy jego ewentualnym uwzględnieniu przez Zamawiającego) stanowiłoby w istocie przerzucenie na Zamawiającego niekorzystnych skutków z niego wypływających lub mogących wypłynąć,

godząc tym sam w cel, któremu ma służyć gwarancja ubezpieczeniowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym względzie żadna wykładnia nie może tej tezy zmienić, a w konsekwencji zmiana taka mogłaby być dokonana przez zmianę treści samego dokumentu. Zdaje się również zdawać z tego sprawę odwołujące konsorcjum skoro uznało, iż konieczne jest złożenie dodatkowych oświadczeń, które mają sanować błędy zawarte w tekście pierwotnym gwarancji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Konsorcjum Uniqa, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum Uniqa (dalej również: „Przystępujący") przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony. W tym zakresie Przystępujący – wychodząc z założenia o braku możliwości skutecznego wypowiedzenia umowy konsorcjum przez jednego z jej sygnatariuszy – zarzucał brak tożsamości pomiędzy wykonawcami, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w negocjacjach, a podmiotami, które złożyły ofertę i wniosły odwołanie. Należy mieć jednak na względzie, że zgodnie z przepisem art. 2 pkt 11 w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, wykonawcą jest m.in. podmiot, który złożył ofertę. Nie może ulegać wątpliwości, że ofertę, której zabezpieczenie stanowiło podstawę podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonej odwołaniem czynności, złożyło odwołujące się konsorcjum. W konsekwencji pomiędzy podmiotem wykluczonym z udziału w Postępowaniu, a podmiotem, który skorzystał ze środka ochrony prawnej zachodziła tożsamość wyłączająca możliwość zastosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania ustalono, że stan faktyczny przedstawiony w pismach procesowych stron i uczestnika postępowania odwoławczego jest bezsporny. Nie ulega wątpliwości, że wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożony został przez konsorcjum złożone z czterech ubezpieczycieli (Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA" S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A.). Zostało ono również zaproszone do złożenia oferty wstępnej, do negocjacji i wreszcie – do złożenia oferty. W przededniu upływu termin składania ofert (9 lutego 2015 r.) doszło do wypowiedzenia pełnomocnictwa przez jednego z członków konsorcjum (Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A.), o czym lider konsorcjum (Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A.) poinformował Zamawiającego, stwierdzając że konsorcjum zamierza złożyć ofertę w składzie pozostałych członków. Następnie, w dniu 10 lutego 2015 r. Odwołujący złożył ofertę załączając do niej gwarancję bankową wystawioną na konsorcjum w pierwotnym składzie. W konsekwencji Zamawiający wykluczył go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a jego ofertę uznał za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

W powyższych okolicznościach Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że wadium pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doniosłą rolę – stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywania rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań. Nie wolno również zapominać, że z uwagi na fakt, iż wadium nie stanowi ani treści oferty wykonawcy, ani dokumentu, o którym mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231) zamawiający jest pozbawiony zarówno możliwości wyjaśniania treści tego dokumentu, czy to w oparciu o przepis art. 26 ust. 4, czy art. 87 ust. 1 Pzp, jak i wzywania o jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i wreszcie poprawiania w nim jakichkolwiek omyłek

w trybie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp. Należy zatem przychylić się do stanowiska, że w praktyce z samego dokumentu składanego w charakterze wadium musi jasno wynikać możliwość zrealizowania celu, jakiemu służy złożenie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a który zdefiniowany został powyżej.

10

Izba – analizując treść Gwarancji – doszła do wniosku, że nie zabezpieczała ona 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. *Ad casum,* zdaniem składu orzekającego, nigdy nie mogłoby dojść do spełnienia warunków wypłaty określonego w treści Gwarancji świadczenia, za czym przemawia argument, że w dokumencie tym *expressis verbis* oznaczono wykonawcę, jako konsorcjum składające się z czterech podmiotów. W konsekwencji nie mogłaby ziścić się przesłanka odpowiedzialności gwaranta, bowiem żadna z okoliczności warunkujących wypłatę świadczenia na rzecz gwarantariusza nie byłaby udziałem podmiotu określonego w Gwarancji mianem wykonawcy, jako że nie bierze on już udziału w Postępowaniu i to nie z nim miałaby zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić przy tym wypada, że – jak trafnie argumentował Przystępujący – orzecznictwo przytoczone w treści odwołania nie było adekwatne do stanu faktycznego w rozpoznawanej sprawie.

Przedstawionego powyżej zapatrywania nie mogło zmienić, w ocenie składu orzekającego, oświadczenie gwaranta z dnia 9 lutego 2015 r., przy pomocy którego Odwołujący dowodził skuteczności wniesionego wadium pomimo dokonanej zmiany w składzie konsorcjum. Abstrahując od możliwości faktycznego zapewnienia beneficjentowi gwarancji możliwości zaspokojenia się na jego podstawie należy zauważyć, że treścią wspomnianego oświadczenia gwarant dokonał w istocie modyfikacji Gwarancji polegającej na przyjęciu odpowiedzialności za nowy podmiot – Odwołującego. Nie sposób inaczej tłumaczyć skutków omawianego oświadczenia, ponieważ Odwołujący nie był wskazany w treści Gwarancji i nie występował o jej udzielenie. W powyższym zakresie nie mniej istotna jest również okoliczność, że Zamawiający otrzymał oświadczenie gwaranta już po upływie terminu składania ofert (12 lutego 2015 r.), wobec czego nasuwają się dwa wnioski. Po pierwsze – w dacie upływu wspomnianego terminu, stanowiącego nieprzekraczalny termin wniesienia wadium (argument z art. 45 ust. 3 Pzp), Zamawiający – zestawiając treść oferty Odwołującego z treścią Gwarancji – nie mógł mieć pewności, czy prawidłowo zabezpiecza jego interesy. Po drugie – jak trafnie zauważył Zamawiający w treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania – po upływie terminu składania ofert nie ma możliwości dokonywania jakichkolwiek modyfikacji w zakresie złożonej gwarancji wadialnej. Stąd, w ocenie Izby, w zaistniałym stanie faktycznym jedynym sposobem uchylenia się przez Odwołującego od konsekwencji w postaci wykluczenia go z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą byłoby załączenie do oferty gwarancji bankowej obejmującej zmieniony w dniu 9 lutego 2015 r. skład podmiotowy konsorcjum, ewentualnie – wniesienie wadium w innej, przepisanej prawem, formie (por. przepis art. 45 ust. 6 Pzp).

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

11

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

12