

WYROK
z dnia 3 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDS-BUD S.A w Warszawie, AJM sp. z o.o. w Gdańsku oraz Z.R. i Spółka Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „Izotechnik” sp. z o.o. w Płocku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycji sp. z o.o. w Pile, W.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W.P., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” w Pile oraz Zakładów Mechaniczno-Remontowych i Antykorozyj Jurex sp. z o.o. w Piasecznie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycji sp. z o.o. w Pile, W.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W.P., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” w Pile oraz Zakładów Mechaniczno-Remontowych i Antykorozyj Jurex sp. z o.o. w Piasecznie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niewniesienia wadium do upływu terminu składania ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni** i:

1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDS-BUD S.A w Warszawie, AJM sp. z o.o. w Gdańsku oraz Z.R. i Spółka Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „Izotechnik” sp. z o.o. w Płocku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDS-BUD S.A w Warszawie, AJM sp. z o.o. w Gdańsku oraz Z.R. i Spółka Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „Izotechnik” sp. z o.o. w Płocku** kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „modernizacja składu MPS w Dębogórze – zadanie 12639 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 maja 2015 r., nr 2015/S 096-173238.

W dniu 10 lutego 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD S.A. w Warszawie, AJM sp. z o.o. w Gdańsku oraz Z.R. i Spółka Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „Izotechnik” sp. z o.o. w Płocku, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycji sp. z o.o. w Pile, W.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W.P., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” w Pile oraz Zakładów Mechaniczno-Remontowych i Antykorozyj Jurex sp. z o.o. w Piasecznie, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia przez niego wadium do upływu terminu składania ofert,

odwołujący wniósł w dniu 19 lutego 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, choć złożona w ofercie tego wykonawcy gwarancja wadium nie zabezpiecza oferty wykonawcy, lecz ofertę Zakładów Mechaniczno- Remontowych i Antykorozyj „JUREX” sp. z o.o., która to oferta w ogóle nie została w postępowaniu złożona; tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy, pomimo iż wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert,
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przez błędne uznanie, iż wykonawca wniósł wadium zabezpieczające ofertę wykonawcy, pomimo faktu, iż z przedłożonych dokumentów nie wynika, iż przedłożone gwarancje ubezpieczeniowe

3

zabezpieczają ofertę wykonawcy, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy, pomimo iż wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewniesienia przez niego wadium do upływu terminu składania ofert,
- 3) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że wybrana jako najkorzystniejsza oferta (zgodnie z danymi z formularza oferty) została wniesiona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie:

- a) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. Plac Staszica 1, 64-920 Piła (Lider Konsorcjum)
- b) Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj Sp. z o.o. ul. Okrężna 32 B, 05-502 Piaseczno
- c) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „SPADOCHRONIARZ” W.P. ul. Kamienna 40, 64-920 Piła.

Jako wadium przystępujący złożył następujące dokumenty:

- a) gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998A571051 z dnia 19.01.2016r, wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., tytułem zabezpieczenia wadium przez Konsorcjum firm: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z

o.o., W.P. - przedsiębiorca działający pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ oraz Zakłady Mechaniczno - Remontowe i Antykorozyj JUREX,

- b) gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr KOR-013653 z dnia 03.11.2015r., wystawioną przez Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Jako Zleceniodawca został wskazany podmiot - Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj „JUREX” Sp. z o.o. Z treści gwarancji wynika, iż wystawiona jest w związku ze złożeniem oferty przez Zleceniodawcę, a gwarant zobowiązuje się do wypłaty kwot z tej gwarancji, jeżeli Zleceniodawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, list podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. Sam podmiot wystawiający gwarancję zobowiązał

4

się co prawda nieodwołalnie i bezwarunkowo i zagwarantował zapłatę kwoty wadium, jeżeli Zleceniodawca - o ile jego oferta zostanie wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie.

Zdaniem odwołującego złożone dokumenty nie potwierdzają zabezpieczenia przez przystępującego jego oferty wadium. Gwarancja wystawiona przez UNIQA, określa jako zobowiązanego Konsorcjum, w którego składzie znajduje się podmiot: Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj JUREX. Jest to na tyle istotne, gdyż Zakłady Mechaniczno-Remontowe JUREX oraz Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj JUREX Sp. z o.o. są odrębnymi podmiotami. Co więcej, działalność gospodarcza Pana J.P.: Zakłady Mechaniczno- Remontowe JUREX, jest działalnością aktywną, co potwierdza wpis w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej. W związku z powyższym, zamawiający nie może mieć pewności, iż złożony dokument zabezpiecza ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy zostali zaproszeni do składania oferty w przedmiotowym postępowaniu, tj. konsorcjum firm w składzie: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o., Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj JUREX sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „SPADOCHRONIARZ” W.P..

Według odwołującego również gwarancja wystawiona przez Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. nie potwierdza wniesienia wadium w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego a z jej treści wynika zabezpieczenie jedynie oferty złożonej przez Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj JUREX Sp. z o.o. Odwołujący zwrócił uwagę, iż istnieje możliwość wystawienia gwarancji na wniosek jednego podmiotu, która w treści wskazywała będzie wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjum i jest to standardem, zastosowanym nawet przez samego przystępującego, w gwarancji wystawionej przez UNIQA. Należy podkreślić również, iż podmiot Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj JUREX Sp. z o.o. jest Partnerem, a nie Liderem Konsorcjum. Rozważania powyższe są o tyle istotne, iż - jak wynika z pełnomocnictwa z 10.06.2015r., Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj JUREX Sp. z o.o., KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” W.P., ustanowiły pełnomocnikiem w/w wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum). Pełnomocnik uprawniony jest nie tylko do wniesienia wadium ale przede wszystkim do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, wyrażenia zgody na poprawienie oczywistych omyłek we wniosku i

5

w ofercie, składana wszelkich wymaganych oświadczeń woli, wiedzy w imieniu każdego z wykonawców z osobna jak również w ich imieniu wspólnie. W związku z powyższym, z pełnomocnictwa tego wynika, iż to właśnie KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. ma pełnomocnictwo do dokonania wszelkich czynności, których zaniechanie

uprawnia zamawiającego do skorzystania z wadium. Dlatego też wydaje się być oczywiste, że gwarancja wystawiona na zlecenie Zakładów Mechaniczno-Remontowych i Antykorozji JUREX Sp. z o.o. powinna wprost wskazywać na przystępującego i nie może pomijać w treści podmiotu, który de facto uprawniony jest do dokonywania wszelkich czynności w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo, w treści gwarancji zostało podkreślone, że ubezpieczyciel dokona wypłaty wadium, jeżeli okoliczności wskazane w treści gwarancji, a wynikające z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zaistnieją z przyczyn leżących po stronie zobowiązanego z gwarancji.

Odwołujący wskazał na abstrakcyjny charakter gwarancji, oderwanie od stosunku podstawowego, jakim jest wniosek zleciennodawcy gwarancji, a także na to, że ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie tworzą bytu mającego odrębną osobowość prawną, działają w celu realizacji określonego przedsięwzięcia i najczęściej nie wnoszą wkładów czy udziałów tak aby powstało wspólne ich mienie rodzące solidarną odpowiedzialność. Przepisy ustawy Pzp normują stosunki pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, a nie pomiędzy zamawiającym a podmiotami trzecimi, a takim podmiotem jest gwarant, stąd przepis art. 23 ust. 3 ustawy nie ma skutku dla gwaranta jako wystawcy gwarancji. Przepis art. 141 Pzp także nie reguluje kwestii solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na etapie przed zawarciem umowy, stąd nie może kreować solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców za wniesienie wadium. Dodatkowo odwołujący wskazał, iż każdą sytuację winno rozpatrywać się indywidualnie. I tak w przedmiotowej sprawie przystępujący złożył dwa dokumenty gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium, w których w jednej został nieprawidłowo oznaczony Partner Konsorcjum, natomiast druga zabezpiecza tylko zobowiązania Partnera Konsorcjum, który nie ma pełnomocnictwa ani do zawarcia umowy w imieniu przystępującego, ani do udzielania odpowiedzi oraz do pozostałych czynności wskazanych w dokumencie gwarancji, do których to czynności został upoważniony Lider Konsorcjum, o którym z kolei nie ma w przytoczonej gwarancji mowy, a co za tym idzie gwarancja nie zabezpiecza jego zobowiązań. W ocenie odwołującego obydwa dokumenty są wadliwe, w związku z powyższym w sposób niebudzący wątpliwości przystępujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

6

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycji sp. z o.o. w Pile, W.P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą W.P., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” w Pile oraz Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex sp. z o.o. w Piasecznie. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, wniosek przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, zawiadomienie zamawiającego z 10 lutego 2016 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, umowę konsorcjum z 11 lutego 2016 r., odwołanie, informację z ewidencji działalności gospodarczej dla podmiotu Zakłady Mechaniczno-Remontowe JUREX J.P. załączoną do odwołania, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo zamawiającego z 23 lutego 2016 r. skierowane do Uniq TU S.A, odpowiedź Uniq TU S.A z 23 lutego 2016 r., pismo Zakładów Mechaniczno-Remontowych i Antykorozji JUREX Sp. z o.o. z 23 lutego 2016 r. skierowane do zamawiającego wraz z załącznikiem w postaci oświadczenia Gothaer T.U. S.A z 23 lutego 2016 r., pismo lidera konsorcjum przystępującego skierowane do zamawiającego z 26 lutego 2016 r. wraz z pismem skierowanym przez uczestnika konsorcjum do Uniq T.U., pismo Uniq T.U. z 25 lutego 2016 r., stanowiące

odpowieź na ww. pismo, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, postanowienie Sądu Rejonowego w Warszawie z 7 września 2010 r., opinię brokera z 1 marca 2016 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska oraz dokumenty stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

7

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycji sp. z o.o. w Pile, W.P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W.P., Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” w Pile oraz Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex sp. z o.o. w Piasecznie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania przystępującego, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności wykluczenia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja składu MPS w Dębogórze – zadanie 12639 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

Ustalono, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- a) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycji sp. z o.o. Plac Staszica 1, 64-920 Piła,
- b) Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex sp. z o.o. ul. Okrężna 32, 05-502 Piaseczno,
- c) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „SPADOCHRONIARZ” W.P., ul. Kamienna 40, 64-920 Piła.

Do wniosku wykonawcy ci załączyli pełnomocnictwo z 10 czerwca 2015 r., w którym udzielili pełnomocnictwa KMC Administrator i Inwestycji sp. z o.o. do reprezentowania wykonawców

8

w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe ustalono na podstawie treści złożonego wniosku.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający ocenił wniosek i zaprosił przystępującego do składania ofert. Wraz z zaproszeniem zamawiający przekazał przystępującemu specyfikację istotnych warunków zamówienia. W rozdziale XV SIWZ zamawiający wskazał, że wymaga zabezpieczenia oferty wadium. Zastrzegł, że wykonawca przed upływem terminu składania ofert jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 1.100.000 zł (jeden milion sto tysięcy złotych). Wadium musiało obejmować cały okres związania ofertą. Powyższe ustalono na podstawie treści SIWZ znajdującej się w aktach sprawy.

Ustalono również, że termin składania ofert upłynął w dniu 21 stycznia 2016 r. Powyższe ustalono na podstawie pkt 10 oryginału protokołu postępowania, okazanego przez zamawiającego w trakcie rozprawy.

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta przystępującego, to jest oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- a) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. Plac Staszica 1, 64-920 Piła,
- b) Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex sp. z o.o. ul. Okrężna 32, 05-502 Piaseczno,
- c) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „SPADOCHRONIARZ” W.P., ul. Kamienna 40, 64-920 Piła.

Ustalono również, na podstawie oferty przystępującego, że przystępujący załączył do swej oferty następujące dokumenty:

- a) gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998A571051 z dnia 19.01.2016r., wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Łodzi, tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Konsorcjum firm:
 - KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o.,
 - W.P. - przedsiębiorca działający pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ
 - Zakłady Mechaniczno - Remontowe i Antykorozji JUREX, ul. Zielna 23, 05-502 Piasecznodo wysokości sumy gwarancyjnej 454.300,00 zł.
- b) gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr KOR-013653 z dnia 03.11.2015r., wystawioną przez Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Jako Zleceniodawca został wskazany podmiot - Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji „JUREX” Sp. z o.o., ul. Okrężna 32B, 05-502 Piaseczno – uczestnik konsorcjum. Z treści gwarancji wynika, iż

9

wystawiona jest w związku ze złożeniem oferty przez Zleceniodawcę, a gwarant zobowiązuje się do wypłaty kwoty 645.700,00 zł, jeżeli Zleceniodawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, list podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. Podmiot wystawiający gwarancję zobowiązał się także do zapłaty ww. kwoty, jeżeli Zleceniodawca - o ile jego oferta zostanie wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie.

Następnie ustalono, że zamawiający 10 lutego 2016 r., wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu (rozstrzygnięcie z 10.02.2016 r., w aktach sprawy).

W dniu 19 lutego 2016 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu. Odwołujący załączył do odwołania wydruk informacji z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej. Z wydruku tego wynika, że pod adresem ul. Okrężna 32B w Piasecznie J.P., prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Zakłady Mechaniczno-Remontowe Jurex J.P. i że jest to działalność aktywna.

Po wniesieniu odwołania zamawiający, pismem z dnia 23 lutego 2016 r., zwrócił się do Uniq TU. S.A. o udzielenie informacji na temat gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Zamawiający zwrócił ubezpieczycielowi uwagę, że ofertę w postępowaniu złożyło mu konsorcjum w skład którego wchodzi partner jakim są Zakłady Mechaniczno-Remontowe

i Antykorozyj „Jurex” sp. z o.o., ul. Okrężna 32 b, 05-502 Piaseczno, podczas gdy w gwarancji jako partnera wskazano Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj „Jurex” ul. Zielna 23, 05-502 Piaseczno. Zamawiający poprosił o udzielenie informacji:

a) w oparciu o jaką umowę konsorcjum wydawana była gwarancja ubezpieczeniowa z 19.01.2016 r., jakie podmioty były wskazane w tej umowie,

10

- b) czy pomimo takiego oznaczenia partnera w gwarancji, w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, gwarant dokona zapłaty należnej kwoty wadium z ww. gwarancji,
- c) który z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum występował o udzielenie gwarancji z 19 stycznia 2016 r.

W odpowiedzi na ww. pismo zamawiającego zamawiający otrzymał pismo Uniqą T.U. S.A. z 23 lutego 2016 r. W piśmie tym ubezpieczyciel informuje, że z wnioskiem o udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A571051 wystąpił W.P., przedsiębiorca prowadzący działalność pn. Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” z siedzibą w Pile. Przedmiotowa gwarancja została wystawiona zgodnie z wnioskiem otrzymanym od tego klienta, w którym po stronie zobowiązanego wskazano konsorcjum trzech firm w składzie:

- KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o.,
- Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ, W.P.
- Zakłady Mechaniczno - Remontowe JUREX, ul. Zielona 23, 05-502 Piaseczno.

Informuje także, że na etapie udzielania wadium strony nie miały jeszcze zawartej umowy konsorcjum. Przedmiotowa gwarancja została wystawiona na kwotę 454.300,00 zł, mającą pokrywać część wadium przypadającą na firmy: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” W.P.. Zgodnie jednak z wnioskiem klienta w gwarancji wymieniono cały skład konsorcjum. Z uwagi na powyższe Uniqą T.U. S.A. informuje, że w treści przedmiotowej gwarancji doszło do oczywistej omyłki dotyczącej oznaczenia jednego z partnerów konsorcjum:

Jest: - Zakłady Mechaniczno - Remontowe i Antykorozyj JUREX, ul. Zielona 23, 05-502 Piaseczno

Powinno być:

- Zakłady Mechaniczno - Remontowe JUREX sp. z o.o., ul. Okrężna 32 B, 05-502 Piaseczno.

Ustalono także, że przystępujący w dniu 23 lutego 2016 r. złożył zamawiającemu oświadczenie Gothaer T.U. S.A. z 23 lutego 2016 r. W oświadczeniu tym ubezpieczyciel oświadcza, że gwarancja zapłaty wadium z 3 listopada 2015 r. obejmuje odpowiedzialność za konsorcjum firm w składzie:

- a) KMC Administrator-Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o.,
- b) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” W.P.,
- c) Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozyj „Jurex” sp. z o.o., ul. Okrężna 32b, 05-502 Piaseczno.

11

Odwołujący złożył w trakcie rozprawy opinię ATTIS Broker sp. z o.o. w Warszawie, posiadającej licencję brokera ubezpieczeniowego nr 1215/03, sporządzoną w dniu 1 marca 2016 r. Opinia została sporządzona w oparciu o gwarancję wystawioną przez Gothaer T.U. S.A. z 3.11.2015 r., wniosek przystępującego o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu, pełnomocnictwo dla KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje znajdujące się w tym wniosku, pismo T.U. Gothaer z 23 lutego 2016 r. W treści tej opinii broker uznaje, że jedynym podmiotem uprawnionym do reprezentowania wykonawcy oraz wykonywania w jego imieniu wszelkich obowiązków jest KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. Według sporządzającego opinię, ubezpieczyciel mógłby skutecznie zwolnić się z obowiązku dokonania zapłaty z gwarancji w razie odmowy podpisania kontraktu przez lidera konsorcjum. Odmowa wyrażona przez KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. nie wywiera skutków prawnych, ponieważ nie ma żadnego odniesienia do treści gwarancji. Bez znaczenia jest pismo Gothaer T.U. S.A. z 23.02.2016 r., gdyż potwierdzenie

się w nim znajdujące pozostaje w sprzeczności z treścią samej gwarancji. Powyższe pismo można potraktować jedynie jako aneks do gwarancji, wprowadzający zmianę w zakresie wskazania zlecniodawcy, wystawiony już po terminie składania ofert.

Przystępujący załączył do swego pisma procesowego postanowienie Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy, XIV Wydział Gospodarczy KRS z 7 września 2010 r., w którym po rozpatrzeniu wniosku Zakładów Mechaniczno-Remontowych i Antykorozji Jurex sp. z o.o. w miejsce adresu siedziby „ul Zielna 23, 05-502 Piaseczno” wpisuje się „ul. Okrężna 32b, 05-502 Piaseczno”.

Przystępujący załączył również do swego pisma procesowego pismo T.U. Unią S.A. z 25 lutego 2016 r. W piśmie tym ubezpieczyciel informuje, że gwarancja z 19 stycznia 2016 r. została wystawiona zgodnie z wnioskiem otrzymanym od tego klienta, w którym po stronie zobowiązanego wskazano konsorcjum trzech firm w składzie:

- KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o.,
- Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych SPADOCHRONIARZ, W.P.
- Zakłady Mechaniczno - Remontowe JUREX, ul. Zielna 23, 05-502 Piaseczno.

Informuje także, że gwarancja została wystawiona na kwotę 454.300,00 zł, mającą pokrywać część wadium przypadającą na firmy: KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „Spadochroniarz” W.P.. Zgodnie jednak z wnioskiem klienta w gwarancji wymieniono cały skład konsorcjum. Z uwagi na powyższe Unią T.U. S.A. informuje, że w treści przedmiotowej gwarancji doszło do oczywistej omyłki dotyczącej oznaczenia jednego z partnerów konsorcjum:

Jest: - Zakłady Mechaniczno - Remontowe i Antykorozji JUREX, ul. Zielna 23, 05-502 Piaseczno

12

Powinno być:

- Zakłady Mechaniczno - Remontowe JUREX sp. z o.o., ul. Okrężna 32 B, 05-502 Piaseczno

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, *z postępowania wyklucza się wykonawców, który nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.*

Ponadto, w świetle art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, 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. Z kolei w myśl art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:*

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.*

Znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania przystępującego z powodu niewniesienia wadium do upływu terminu składania ofert.

Zamawiający nałożył w SIWZ na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek zabezpieczenia oferty wadium w kwocie 1.100.000 zł. Powyższy obowiązek miał być zrealizowany do upływu terminu składania ofert, to jest do dnia 21 stycznia 2016 r. Nie ulegało również wątpliwości, że ofertę w postępowaniu złożył przystępujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

a) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. Plac Staszica 1, 64-920

- b) Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex sp. z o.o. ul. Okrężna 32, 05-502 Piaseczno,
c) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „SPADOCHRONIARZ” W.P., ul. Kamienna 40, 64-920 Piła.

Nie ulegało również wątpliwości, że do upływu terminu składania ofert przystępujący złożył zamawiającemu dwie gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium:

- a) gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Łodzi do wysokości sumy gwarancyjnej 454.300,00 zł.
b) gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. do wysokości sumy gwarancyjnej 645.700,00 zł.

Ponieważ zamawiający w SIWZ wymagał wniesienia wadium na kwotę 1.100.000 zł, to nie ulegało wątpliwości, że obydwie gwarancje ubezpieczeniowe musiały być w całości prawidłowe. Zatem dopiero uznanie, że oba dokumenty wadium są prawidłowe, pozwalało na stwierdzenie, że przystępujący zabezpieczył swą ofertę wadium w sposób prawidłowy i w wymaganej przez zamawiającego wysokości.

Dostrzeżenia wymagało, że konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, nie może budzić wątpliwości. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, iż wadium wniesione stanowi przesłankę dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów okręgowych, sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. X Ga 189/13). Ponadto ustawa Pzp w 45 ust. 6 określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Powyższe dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej.

Zdaniem Izby, z treści obydwu gwarancji musiała wynikać konieczność wypłaty przez ubezpieczyciela kwot wymienionych w gwarancji w sytuacjach, które zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z przywołanymi przepisami zamawiający ma prawo zatrzymać wadium *wraz z odsetkami, 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. Z kolei w myśl art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:
1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ponieważ ofertę w postępowaniu złożył przystępujący, to jest trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp), zatem okoliczności uprawniające zatrzymanie wadium miały dotyczyć „wykonawcy” rozumianego w tym przypadku odpowiednio jako trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z punktu widzenia możliwości zatrzymania wadium bez znaczenia pozostają

ewentualne ustalenia, czy do skutku wymienionego w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy Pzp doprowadziły działania jednego, kilku czy wszystkich współkonsorcjantów.

Przede wszystkim jednak w ocenie Izby całkowicie bez znaczenia pozostaje to, czy zobowiązanie współkonsorcjantów względem zamawiającego ma charakter solidarny, czy też nie. Zasadnicze znaczenie ma okoliczność, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Charakter, istnienie, zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest 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 – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Co istotne, art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego (tj. między

15

zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, ta bowiem jest wyznaczona samą treścią gwarancji. Powyższe rozważania dotyczące gwarancji bankowej należy odnieść również do gwarancji ubezpieczeniowej, z uwagi na podobieństwo, charakter i cel obu dokumentów. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji. Wobec powyższego powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. Okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczy odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji. Zatem nawet gdyby członkowie konsorcjum byli zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to byłaby to 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 listu gwarancyjnego np. przez wskazanie, że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko oznaczonego wykonawcę, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecyduje się on złożyć ofertę. Podkreślić należy również z całą mocą, że gwarant nie jest poręczycielem. W przeciwieństwie do poręczyciela, gwarant nie odpowiada za dług jako pomocniczy dłużnik. Zobowiązuje się jedynie do spełniania własnego, określonego, odrębnego i całkowicie niezależnego od długu świadczenia po spełnieniu określonych przesłanek, które mają charakter formalny.

Niezależnie jednak od powyższego nie sposób było także podzielić stanowiska zamawiającego i przystępującego co do istnienia rzekomej odpowiedzialności solidarnej współkonsorcjantów wobec zamawiającego. Przepis art. 141 ustawy Pzp wyrażnie tę solidarność odnosi do etapu wykonywania zamówienia i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Gdyby istotnie źródło solidarności współkonsorcjantów istniało w KC, to zbędne byłoby wprowadzanie do ustawy Pzp szczególnego i wyraźnego przepisu regulującego taką odpowiedzialność. Solidarna odpowiedzialność członków

16

konsorcjum względem zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie, z którym to powiązane jest wniesienie wadium również na podstawie przepisów KC przywołanych w odpowiedzi na odwołanie czy piśmie procesowym. Art. 369 K.c. stosowany w związku z art. 14 ustawy Pzp stanowi, że zobowiązanie jest solidarne, gdy wynika to z ustawy lub z czynności prawnej. Skarżeni wykonawcy w złożonej zamawiającemu dokumentacji, nie przedstawili żadnych umów konsorcjalnych, z których wynikałaby ich solidarna odpowiedzialność. We wniosku o dopuszczenie o udziału przystępującego znajdowało się jedynie pełnomocnictwo z 10 czerwca 2015 r., mocą którego współkonsorcjanci ustanowili swym pełnomocnikiem w postępowaniu KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. w Pile. Wzmianki o solidarności próżno było szukać również w umowie konsorcjum z 11 lutego 2016 r., która została dodatkowo została zawarta już po rozstrzygnięciu postępowania, a zatem którą zamawiający nie dysponował podejmując zaskarżone czynności (zaniechania). Nawet gdyby umownie została ustalona solidarna odpowiedzialność uczestników konsorcjum pozostawałoby to skuteczne między podmiotami nawiązującymi taki stosunek, a nie w relacji uczestnicy konsorcjum - ubezpieczyciel, gdyż stosunek taki nie rodzi skutków prawnych wobec gwaranta.

Nie ma również najmniejszych podstaw do zastosowania art. 370 K.c., który przewiduje, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba, że umówiono się inaczej. Jak wspomniano wcześniej, umowa konsorcjum została zawarta dopiero 11 lutego 2016 r., po rozstrzygnięciu postępowania. Na etapie oceny ofert współkonsorcjantów łączył jedynie stosunek pełnomocnictwa udzielonego liderowi 10 czerwca 2015 r. Ponadto, nawet gdyby została zawarta umowa konsorcjum, to na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych konsorcjum stanowi jedynie rodzaj porozumienia co do wspólnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego przez określony krąg odrębnych prawnie i majątkowo podmiotów gospodarczych, działających poprzez wyznaczonego pełnomocnika. Nie można więc mówić o istnieniu wspólnego mienia podmiotów łącznie ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Zawiązanie konsorcjum dla potrzeb ubiegania się o konkretne zamówienie nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej (w przeciwieństwie do spółki cywilnej, w przypadku której następuje wniesienie wkładów i powstanie majątku wspólnego). Pogląd ten jest również reprezentowany w piśmiennictwie. (... nie można podzielić tezy, iż art. 370 KC stanowi źródło solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty. Brakuje podstaw, aby przyjąć, iż złożenie oferty skutkuje zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego wspólnego mienia. Pojęcie wspólnego mienia obejmuje wszelką postać wspólności własności lub innych praw majątkowych. W przypadku konsorcjum wykonawców nie można wskazać jednak na istnienie wspólnego mienia. Cechą wyróżniającą instytucję konsorcjum

17

od spółki cywilnej jest właśnie odrębność w sferze prawno-majątkowej podmiotów będących stronami umowy konsorcyjnej. Jak trafnie podniósł Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z 9.11.2005 r., II Ca 44/05, "cechą odróżniającą spółkę cywilną od konsorcjum jest wniesienie wkładów oraz powstanie wspólnego majątku" (...) Za błędne należy również uznać konstruowanie odpowiedzialności solidarnej z samego faktu złożenia wspólnej oferty. W literaturze przedmiotu podnosi się w związku z brzmieniem art. 369 KC, iż zobowiązanie solidarne wymaga szczególnego tytułu, dla jego zaistnienia nie jest bowiem wystarczająca sama tylko wspólnota celu powiązań między dłużnikami (za: Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium -- kontrowersje interpretacyjne).

Prawidłowość gwarancji nieobejmującej wszystkich członków konsorcjum nie może być również wywodzona z faktu, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94) wypowiadając się o odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, odpowiedzialność ta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. W wyroku tym Sąd stwierdził, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli

żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353 *1 k.c.*) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 *k.c.*). Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji. W doktrynie wskazuje się, że gwarant może bronić się względem beneficjenta zarzutami wynikającymi z treści gwarancji (M. Pyziak-Szafnicka. Gwarancja autonomiczna, 1994 nr 2, s.20, A. Szpunar, Zabezpieczenia osobiste wierzytelności, Sopot 1997, s. 173; G. Tracz, Umowa gwarancji, Kraków 1998, s. 261, Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania-część szczegółowa, Warszawa 2008, s. 273, T. Spyra, [w:] F. Zoll (red.) , Prawo bankowe. Komentarz, Tom I, Kraków 2005, s. 790, za Poręczenia i gwarancja bankowa, R. Trzaskowski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 283).

Podkreślić również należy, że udzielenie przez ubezpieczyciela gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością odpłatną. Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy. Z kolei wynik tego

18

badania przesądza o akceptacji gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Stąd gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania jakiego podmiotu odpowiada. W ten sposób w treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczwistym jest, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie jednego członka konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp może być inne niż, gdyby jej treścią objęte były dwa lub więcej podmiotów.

Biorąc powyższe pod uwagę, z obydwu gwarancji ubezpieczeniowych powinien wynikać obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją, jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy Pzp dotyczyć będą „wykonawcy” rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę. Izba stwierdziła, że przystępujący nie sprostali obowiązkowi złożenia prawidłowych gwarancji ubezpieczeniowych.

Jeżeli chodzi o gwarancję wystawioną przez Unią TU S.A. to należało stwierdzić, nieprawidłowo określono jej zakres podmiotowy. Ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- a) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. Plac Staszica 1, 64-920 Piła (Lider Konsorcjum),
- b) Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex Sp. z o.o. ul. Okrężna 32 B, 05-502 Piaseczno,
- c) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „SPADOCHRONIARZ” W.P. ul. Kamienna 40, 64-920 Piła.

Tymczasem z treści gwarancji wystawionej przez Unią TU S.A. wynikało, że gwarant zapłaci kwotę zabezpieczoną w gwarancji jeżeli okoliczności wymienione w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp będą dotyczyły zobowiązanego. Natomiast jako zobowiązanego w treści tej gwarancji wymieniono:

- a) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. Plac Staszica 1, 64-920 Piła (Lider Konsorcjum),
- b) Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex, ul. Zielna 23, 05-502 Piaseczno,
- c) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „SPADOCHRONIARZ” W.P. ul. Kamienna 40, 64-920 Piła.

Niewątpliwie zatem zachodziła niezgodność w opisie zakresu podmiotowego tej gwarancji. Dostrzec należy, że w świetle art. 160 kodeksu spółek handlowych dodatkowo oznaczenie „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” jest ustawowym, obligatoryjnym

19

elementem nazwy podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w tej formie. W obrocie natomiast dopuszczalne jest używanie skrótów „sp. z o.o.” i „spółka z o.o.”. Nie

sposób zatem było uznać, że firma „Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex”, przy braku dalszych oznaczeń identyfikujących, wskazywała jednoznacznie na Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Po drugie, jak wykazał odwołujący poprzez złożony wydruk z ewidencji działalności gospodarczej, pod tym samym adresem zarejestrowano jako aktywną działalność gospodarczą Pana J.P., prowadzonego działalność gospodarczą pod nazwą „Zakłady Mechaniczno-Remontowe JUREX”, a zatem działalność gospodarczą, której nazwa zbliżona była do nazwy podmiotu wymienionego w gwarancji.

Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Biorąc powyższe pod uwagę znaczenie przy ocenie, czy zamawiającemu wniesiono prawidłowo wadium mogła mieć wyłącznie ta treść gwarancji, która została zamawiającemu dostarczona przed tym terminem, to jest przed 21 stycznia 2016 r. Tymczasem oświadczenie ubezpieczyciela z 23 lutego 2016 r. zostało złożone i dostarczone zamawiającemu po upływie tego terminu. Wzięto pod uwagę, że ww. oświadczenie ubezpieczyciela pozostawało również wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony ubezpieczyciel potwierdził kategorycznie, że gwarancja została wystawiona „zgodnie z wnioskiem otrzymanym od klienta” i że wystawił ją bez analizy żadnej umowy konsorcjalnej, gdyż jej nie było na moment wystawienia gwarancji. Dopiero poinformowany przez zamawiającego w piśmie z 23 lutego 2016 r. o prawidłowym składzie konsorcjum, które złożyło ofertę, w odpowiedzi stwierdził, że musiało dość do omyłki.

W ocenie Izby z powyższego jednoznacznie wynikało, że ubezpieczyciel w dacie wystawienia gwarancji, to jest 19 stycznia 2016 r., ocenił ryzyko wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium biorąc pod uwagę taki skład konsorcjum, jaki został podany przez wnioskodawcę we wniosku, a nie taki skład konsorcjum, jaki wynikał z oferty złożonej zamawiającemu. Gwarancję sporządzono bowiem dokładnie w taki sposób, jak życzył sobie tego wnioskodawca.

Nieprawidłową okazała się również druga gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona przez Gothaer T.U. S.A. w dniu 3 listopada 2015 r. W jej treści wskazano wyraźnie, że ubezpieczyciel zapłaci zamawiającemu kwotę zabezpieczoną w gwarancji wyłącznie wtedy, gdy okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp będą dotyczyć „zleceniodawcy”, rozumianego w tej gwarancji jako Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex sp. z o.o. ul. Okrężna 32 B, 05-502 Piaseczno.

20

Tymczasem, wobec treści złożonej oferty, zamawiający uprawniony będzie do zatrzymania wadium, gdy okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp dotyczyć będą „wykonawcy” rozumianego jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- a) KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. Plac Staszica 1, 64-920 Piła (Lider Konsorcjum)
- b) Zakłady Mechaniczno-Remontowe i Antykorozji Jurex Sp. z o.o. ul. Okrężna 32 B, 05-502 Piaseczno
- c) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „SPADOCHRONIARZ” W.P. ul. Kamienna 40, 64-920 Piła.

Nie można zatem wykluczyć, że ubezpieczyciel na podstawie analizowanej gwarancji nie wypłaci zamawiającemu żądanej kwoty, uznając, że odpowiada jedynie za okoliczności wynikające z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp dotyczące wyłącznie zleceniodawcy wskazanego w gwarancji. Dostrzec należało również, że podmiot wymieniony w gwarancji nie był liderem konsorcjum, gdyż pełnomocnikiem wykonawców, którzy złożyli ofertę zamawiającemu był KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. w Pile (pełnomocnictwo z 10.06.2015 r. we wniosku przystępującego).

Potwierdzeniem możliwości podniesienia przez ubezpieczyciela przeciwko beneficjentowi gwarancji zarzutu z treści choćby brokera gwarancji była opinia ubezpieczeniowego złożona przez odwołującego na posiedzeniu. Z opinii ATTIS Broker sp. z o.o. w Warszawie, sporządzonej w dniu 1 marca 2016 r. wynikało, że ubezpieczyciel mógłby skutecznie zwolnić się z obowiązku dokonania zapłaty z gwarancji w razie odmowy podpisania kontraktu przez lidera konsorcjum. Jego zdaniem, odmowa wyrażona np. przez KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje sp. z o.o. nie wywierałaby skutków prawnych,

ponieważ nie miałyby żadnego odniesienia do treści gwarancji. Jakkolwiek opinia brokera była jedynie dokumentem prywatnym i sporządzonym na zlecenie odwołującego, to jednak pochodziła od licencjonowanego podmiotu działającego na podstawie i w granicach ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, jak również z rygorami z niej wynikającymi.

Późniejsze oświadczenie gwaranta z 23 lutego 2016 r., nie mogło być wzięte przez Izbę pod uwagę. Zostało ono doręczone zamawiającemu po terminie składania ofert. Potwierdzenie się w nim znajdujące pozostawało w sprzeczności z treścią samej gwarancji. Można je było potraktować jedynie jako aneks do gwarancji, wprowadzający zmianę w zakresie wskazania zlecniodawcy, jednakże wystawiony już po terminie składania ofert.

Z uwagi na powyższe Izba nie mogła podzielić stanowiska, że gwarancja wadliwa wystawiona na jednego członka konsorcjum zabezpiecza interesy zamawiającego i jest prawidłowa. Tym samym Izba podzieliła to stanowisko orzecznictwa, które wskazuje na

21

konieczność objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum (wyroki zespołów arbitrów: z 25 września 2002 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1221/02, z 24 stycznia 2006 sygn. akt UZP/ZO/0-149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 20 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1408/10, z dnia 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14, z 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694/14, z 5 maja 2015r. sygn. akt KIO 813/15, z 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, z 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15, z 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1936/15, z 5 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 82/16, z 8 października 2015 r., sygn. akt KIO 2067/15, 2069/15, 2071/15, z 2 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2287/15, wyroki sądów powszechnych: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt: XII Ga 697/15). Pogląd taki wyrażany jest również w piśmiennictwie (m.in. *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, Eugeniusz Kowalewski, Władysław Wojciech Mogiński, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1/2014, Michał Makowski, *Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium -- kontrowersje interpretacyjne*, PZP 2008, Nr 2).

Reasumując Izba stwierdziła, że przystępujący nie sprostął obowiązкови zabezpieczenia swej oferty wadium i podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wykonując czynności wykluczenia przystępującego z postępowania naruszył ww. przepis. Naruszono także zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wybrał bowiem jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05

22

(OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może -*

jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykonanie czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 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).

Przewodniczący: