Sygn. akt: KIO 1655/16

WYROK
z dnia 20 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **TRAKCJA PRKiI S.A. (pełnomocnik wykonawców)** oraz (2) **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów** spółka z o.o. – partner, adres dla pełnomocnika ul. Złota 59 XVIII p, 00-120 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ul. Mostowa 11 A, 80-778 Gdańsk,**

przy udziale:
1) wykonawcy Skanska S.A. ul. Gen. Józefa Zajączka 9 01 -518 Warszawa,
2) wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków,
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

---

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Strabag sp. z o.o., oraz unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) TRAKCJA PRKiI S.A. i (2) Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów spółka z o.o., a w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ul. Mostowa 11 A, 80-778 Gdańsk** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) **TRAKCJA PRKiI S.A. (pełnomocnik wykonawców)** oraz (2) **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów** spółka z o.o. – partner, adres dla pełnomocnika ul. Złota 59 XVIII p, 00-120 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ul. Mostowa 11 A, 80-778 Gdańsk** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) **TRAKCJA PRKiI S.A. (pełnomocnik wykonawców)** oraz (2) **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów** spółka z o.o. – partner, adres dla pełnomocnika ul. Złota 59 XVIII p, 00-120 Warszawa kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

Sygn. akt: KIO 1655/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wybudowanie obiektu budowlanego pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 Stanisławie." Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji w dniu 19.01.2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 2016/S 015-021254 z dnia 22.01.2016 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TRAKCJA PRKil S.A. – Pełnomocnik oraz Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. – Partner z Warszawy wniósł odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp i w konsekwencji uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 Pzp, oraz wobec dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag S.A. z Pruszkowa. Zdaniem wnoszącego odwołanie, Zamawiający z naruszeniem wskazanego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 tej ustawy niezasadnie uznał, że brak wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium oraz oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, co skutkuje wykluczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie wynika wymóg wskazania w treści takiej gwarancji wszystkich członków konsorcjum. W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie niniejszego Odwołania i nakazanie Zamawiającemu: a) Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; b) Powtórnego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zarzutów zawartych w Odwołaniu i w konsekwencji wybór, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Ponadto wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów PZP interes Odwołującego doznał uszczerbku, gdyż objęte Odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie Zamówienia, a tym samym pozbawiają go korzyści finansowych wynikających z realizacji przedmiotowego Zamówienia. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych ofert tj. gdyby oferta Odwołującego nie została wykluczona, to zostałaby ona wybrana, jako najkorzystniejsza w przedmiotowym Zamówieniu, a zatem

naruszenie wskazanych przepisów PZP i w konsekwencji brak możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne wyrządzi Odwołującemu szkodę w postaci utraconych przychodów.

W uzasadnieniu podał, że Konsorcjum w celu zabezpieczenia oferty, wymaganym zgodnie z Rozdziałem I, Pkt. 17 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wadium przedłożyło wraz ze swoją ofertą gwarancję przetargową nr TEB 1965/16 zapłaty wadium z dnia 07.06.2016 r. oraz gwarancję przetargową nr TEB 2007/16 zapłaty wadium z dnia 09.08.2016 r. przedłużającą termin ważności gwarancji (dalej jako "Gwarancja wadialna"). Na jej podstawie, Gwarant (HSBC Bank Polska S.A.) działając na zlecenie Odwołującego nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze żądanie zobowiązał się do zapłaty na rzecz Zamawiającego pełnej kwoty gwarancji (wadium) w przypadku zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 PZP bez możliwości badania okoliczności, które ległyby u podstaw konieczności zatrzymania wadium.

Pismem z dnia 25.08.2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty dla przedmiotowego Zamówienia i wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 PZP argumentując, iż załączona do oferty Gwarancja przetargowa nr TEB 1965/16 zapłaty wadium z dnia 07.06.2016 r. wystawiona jest tylko na jednego członka Konsorcjum tj. Trakcja PRKil S.A. W tym zakresie Zamawiający odwołał się do wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22.01.2016 r. (sygn. akt. XII Ga 697/15) uznającego, że

gwarancja wadialna wystawiona jedynie na zlecenie jednego członka Konsorcjum nie wywołuje skutków prawnych wobec Konsorcjum i określa warunki wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w powiązaniu z działaniem lub zaniechaniem tylko tego konkretnego Wykonawcy tj. Trakcji PRKil S.A.

Odwołujący podniósł, że wskazany wyrok SO w Gdańsku (sygn. akt. XII Ga 697/15) nie dotyczył zamówienia będącego przedmiotem odwołania, oraz, że istnieje wiele innych wyroków traktujących odmiennie przedmiotowe zagadnienie, tworzące spójną i aktualną linię orzeczniczą w tym zakresie m.in. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. XXIII Ga 2031/15) czy też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1313/15, które jednoznacznie potwierdzają możliwość złożenia przez wykonawcę gwarancji wadialnej wystawionej tylko na rzecz jednego z członka konsorcjum i taka gwarancja stanowi wystarczające zabezpieczenie oferty konsorcjum. Nie ma więc żadnych podstaw aby Zamawiający przyjmował „automatyzm" działania w tym zakresie i niejako z urzędu odrzucał ofertę Odwołującego z uwagi na wydany

---

jeden wyrok w podobnej zdaniem Zamawiającego sprawie. Takie działanie nie ma żadnego uzasadnienia prawnego tj. brak jest podstawy prawnej do podjęcia tych działań jedynie na mocy cytowanego przez Zamawiającego wyroku. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie istnieją przesłanki do Wykluczenia Konsorcjum na mocy art. 24 ust.2 pkt. 2 PZP. Nie istnieją bowiem przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji, w której treści ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia. Podniósł także, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dlatego też obowiązki, jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy, będą dotyczyły tych wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 marca 2015 r.; sygn. akt KIO 336/15). Takie same stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 maja 2006 r., sygn. II Ca 489/06, który stwierdził - Złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum o ile zamawiający w siwz nie zawarł wyraźnie wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium. Zamawiający ustalając w pkt 17 SIWZ wymagania dotyczące wadium nie sformułował żadnych szczególnych wymagań, co do wnoszonego wadium, w formie innej niż pieniądze, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w szczególności nie wymagał, aby w treści gwarancji wadialnej wskazani byli wszyscy konsorcjanci. Powyższe stanowisko potwierdza również aktualne orzecznictwo KIO - przykładowo wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 510/16), w treści którego wskazano, że "Zamawiający (...) nie zawarł natomiast w siwz szczególnych wytycznych, co do sposobu wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Skoro zatem wykonawcy nie mieli na etapie składania oferty informacji, iż koniecznym jest wskazanie w treści gwarancji/poręczenia wszystkich podmiotów składających ofertę wspólną, to Zamawiający na etapie badania zabezpieczenia oferty wadium nie mógł powoływać się na nowe podstawy dla uznania, iż wadium nie zabezpiecza oferty w sposób prawidłowy i skuteczny". Podobnie wypowiadał się Zespół Arbitrów - przykładowo w wyroku z dnia 7 sierpnia 2007 r. (UZP/ZO/0-950/07), wskazując, że "przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych bowiem nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, jednakże pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu zapisy SIWZ". Powyższe twierdzenie powielone zostało również w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt XXIII Ga 1313/15). Podkreślił, że dokument Gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego jest dokumentem ważnym i w każdym momencie w

---

czasie jego obowiązywania Zamawiający ma możliwość do zaspokojenia się poprzez wypłatę wadium przez ubezpieczyciela, a tym samym w sposób należyty zabezpiecza interesy Zamawiającego. Gwarancja wadialna wyraźnie wskazuje postępowanie, którego dotyczy oraz warunki, odpowiadające treścią wymaganiom ustawy, po których ziszczeniu

Zamawiający (beneficjent) uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta, a co najważniejsze Gwarancja wadialna nie uzależnia w swojej treści w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności czy zobowiązany występuje, jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum a jej treść nie uzależnia dokonania wypłaty gwarantowanej kwoty od podjęcia jakichkolwiek czynności sprawdzających przez gwaranta. Gwarant, zgodnie z treścią złożonej Gwarancji wadialnej, nie miałby więc podstaw do badania okoliczności, które legły u podstaw konieczności zatrzymania wadium. Wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. o sygnaturach akt: KIO/UZP 23/07, KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08, KIO/UZP 99/09, KIO 532/15; KIO 534/15, KIO 2182/14, KIO 2743/13, KIO 465/16 zgodnie z którymi zarówno fakt, iż gwarancja wadialna wystawiona jest na lidera konsorcjum, jak i brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy współkonsorcjanta, nie ma żadnego wpływu na prawo zamawiającego do zatrzymania wadium. Powyższe zostało również potwierdzone w orzeczeniach sądów powszechnych np. zdaniem Sądu Okręgowego w Słupsku - wyrok z 23.07.2015r. IV Ca 357/15 rozpoznającego skargę na wyrok KIO z 5.05.2015r. KIO 813/15 „Przedstawiona przez skarżącego gwarancja ubezpieczeniowa jest w pełni prawidłowa i odpowiadając przepisom. W danym przetargu może ona więc spełnić rolę jej przypisaną. Gwarant oznaczył postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz uprawnionego z tytułu gwarancji, czyli zamawiającego. Zdaniem Sądu nie jest konieczne wymienienie w gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego. Skoro przyjmuje się jednocześnie, że członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienia odpowiadają za konsekwencje powstałe w sytuacji, gdy zawarcie umowy nie jest możliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum to tym samym gwarancja w niniejszej sprawie jest prawidłowa". Podobnie Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 12 maja 2006 r. (sygn. akt II CA 489/06) wskazał również, iż złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 14 października 2015 sygn. akt. XXIII Ga 1313/15. Powołując się także na doktrynę wnoszący odwołanie stwierdził, że „nie ma żadnego znaczenia, czy gwarancja wskazuje na wszystkich członków konsorcjum, kilku wybranych, czy też na jednego z nich. W każdym z tych przypadków interes zamawiającego

jest zabezpieczony. Nie ma znaczenia, z czyjego konkretnie powodu nie dojdzie do zawarcia umowy - w każdym z przypadków gwarant musi wypłacić pieniądze zamawiającemu. Prezentowanie przez konkretnych zamawiających odmiennych stanowisk w odniesieniu do kwestii wnoszenia wadium w formie gwarancji stanowiącej wadium, wystawionej na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, stało się podstawą do wydania przez Urząd Zamówień Publicznych interpretacji przepisów. Wydana „Interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP w kontekście przedłożenia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wystawionej na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego" stwierdza, iż „Treść gwarancji wadialnej powinna odpowiednio zabezpieczać interes zamawiającego, umożliwiając mu zaspokojenie się z niej bez przeszkód w przypadku zaistnienia warunków zatrzymania wadium. Cel ten zostaje osiągnięty także w przypadku, gdy gwarancja bankowa jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który został prawidłowo umocowany do działania na rzecz pozostałych konsorcjantów nawet, jeżeli w treści gwarancji nie ma wprost odwołania do działania przez niego na rzecz pozostałych członków konsorcjum. W takim przypadku należy uznać, że wadium w postaci gwarancji zostało prawidłowo wniesione. Stwierdził także, że prawidłowo umocowany pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, podobnie jak każdy inny członek tego, konsorcjum ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum (odpowiedzialność solidarna zgodnie z art. 369 KC w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp), które mogą być powodem zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium. W tych okolicznościach gwarancja wadialna opatrzona klauzulą „na pierwsze żądanie" mająca charakter bezwarunkowy i nieodwołalny zabezpiecza interes zamawiającego także wówczas, gdy jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum - pełnomocnika pozostałych członków konsorcjum. Powyższe stanowisko w odniesieniu do kwestii wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej stanowiącej wadium, wystawionej na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członków konsorcjum) zostało

zaprezentowane także w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2015 r.[l], na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. (sygn. akt: 1251/15) i potwierdzone uwzględniającym tę skargę wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15)". Ponadto podkreślił, że Wykonawcy działający wspólnie podejmują czynności w postępowaniu wspólnie - jak jeden podmiot, np. odmawiają uzupełnienia dokumentów lub powodują niemożność podpisania umowy. Jak wskazuje się w doktrynie wadium dotyczy oferty wniesionej wspólnie przez wszystkich członków konsorcjum, nie zaś zobowiązań poszczególnych wykonawców wchodzących w jego skład. Jeżeli wadium w imieniu wszystkich konsorcjantów wnosi wyłącznie jeden z członków konsorcjum, to również - w wyniku porozumienia z pozostałymi - przyjmuje on

---

ryzyko utraty wadium w sytuacji, gdy bezpośrednią winę za tę okoliczność poniesie inny konsorcjant (tak: K. Muchowska - Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis). Potwierdzeniem zasadności powyższego twierdzenia jest stanowisko zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. XXIII Ga 2031/15), w którym wskazane zostało, że „przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców. Statuuje on zatem zasadę łącznego udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Regulacja ustawy Prawo Zamówień Publicznych przewiduje możliwość łącznego ubiegania się o udzielenie zamówienia kilku wykonawców oraz obowiązek ustanowienia, w takim przypadku, pełnomocnika (lidera konsorcjum) uprawnionego do ich reprezentacji. Na podkreślenie i aprobatę zasługuje stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w wyroku z dnia 13 października 2011 r. (sygn. V CSK 475/10, LEX nr 1108492), w którym jednoznacznie wskazano: „art. 23 PZP statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider konsorcjum." Takie rozumienie istoty działania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma dla niniejszej sprawy decydujące znaczenie. W razie bowiem wezwania przez zamawiającego pełnomocnika konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji czy wreszcie do zawarcia samej umowy, obowiązek wynikający z wezwania obciąża nie tylko lidera konsorcjum czy jego określonego członka, ale konsorcjum jako całość i wszystkich jego członków jednocześnie. W konsekwencji, w razie niewypełnienia wezwania, zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium niezależnie od tego, czy w gwarancji bankowej są wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum czy tylko jego lider". Wskazał ponadto, że pełnomocnictwo Partnera konsorcjum zostało wystawione na rzecz Pełnomocnika w dniu 04.02.2016 r. tj. zostało ono udzielone przed datą wystawienia gwarancji bankowej (07.06.2016 r.), która to okoliczność ma kluczowe znaczenie, zgodnie bowiem z wyrokiem UZP/ZO/0-46/06 (LEX nr 181732), „jeżeli jednak pełnomocnictwo do podpisania oferty, reprezentowania w postępowaniu i podpisania umowy w postępowaniu zostało udzielone już po wystawieniu gwarancji bankowej dla jednego z uczestników konsorcjum, wniesione wadium w formie gwarancji bankowej nie może być uznane za wniesione przez podmiot składający ofertę, tj. konsorcjum. Gdyby pełnomocnictwo to zostało udzielone przed datą lub w dacie wystawienia gwarancji bankowej, z treści jego można by wywieść skutki prawne dla

---

obu firm, tj. uczestników konsorcjum". Mając na uwadze powyższe okoliczności stwierdził, ze:

a. Gwarancja wadialna właściwie zabezpiecza ofertę złożoną przez Odwołującego w przedmiotowym Zamówieniu;
b. Gwarancja wadialna w żaden sposób nie ograniczała możliwość zaspokojenia się z niej przez Zamawiającego pomimo wystawienia jej tylko na Pełnomocnika Konsorcjum;
c. Zamawiający argumentuje swoje stanowisko w przedmiocie wykluczenia Wykonawcy wydanym w dniu 22.01.2016 r. wyrokiem SO w Gdańsku (sygn. akt. XII Ga 697/15), które to w żaden sposób nie odnosi się do przedmiotu niniejszego Odwołania, a istnieje

wiele innych wyroków traktujących odmiennie przedmiotowe zagadnienie tworząc spójną i aktualną linię orzeczniczą w tym zakresie m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. XXIII Ga 2031/15) oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1313/15, które jednoznacznie potwierdzają możliwość złożenia przez wykonawcę gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz tylko jednego z członków konsorcjum i taka gwarancja stanowi wystarczające zabezpieczenie oferty konsorcjum;

d. najnowsza linia orzecznicza przemawia za dopuszczalnością stanowiska, iż złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie, o czym świadczą m.in. wyroki: Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r. (XXIII Ga 2031/15) oraz z dnia 14 października 2015 r. (XXIII Ga 1313/15), wyrok SO w Krakowie z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. XII Ga 713/15 oraz wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 510/16). Podobnie stanowisko, w jednym z nowszych orzeczeń zajął również SO w Słupsku w wyroku z dnia 23 lipca 2015 r. (sygn. akt IV Ca 357/15);

e. nie ma podstaw do przyjęcia, że względem Konsorcjum zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, albowiem Odwołujący wniósł ważne wadium dla przedmiotowego Zamówienia do upływu terminu składania ofert;

Odwołujący podkreślił, że nawiązując do analogii przyjętej przez Zamawiającego przy wyborze najkorzystniejszej oferty, należy uznać, iż Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości, bowiem w dniu 31.08.2016 r. KIO orzekając w analogicznej sprawie (sygn. KIO 1533/16, Odwołujący występował w charakterze uczestnika postępowania) potwierdziła w całości argumentację i stanowisko przedstawione w Odwołaniu i tym samym uznała, że pomimo braku wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zapewnia ona skuteczną funkcję gwarancyjną i zapewnia realizację celu wadium, co w konsekwencji oznacza prawidłowe zabezpieczenie oferty wadium przez wykonawcę.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Skanska S.A. z Warszawy oraz wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z Pruszkowa, którzy wnieśli o oddalenie odwołania z uwagi na jego niezasadność.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał decyzję o wykluczeniu Konsorcjum - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TRAKCJA PRKil S.A. – Pełnomocnik oraz Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. – Partner z Warszawy - z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 i w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust.4 ustawy Pzp. W szczególności powołał się na doświadczenie, w tym przede wszystkim płynące z orzeczenia wydanego w dniu 22 stycznia. 2016 r. przez Sąd Okręgowy w Gdańsku (sygn. akt XH Ga 697/15), które to orzeczenie cyt. (…) zostało wydane w odniesieniu do czynności Zamawiającego w analogicznym stanie faktycznym. Niniejszym orzeczeniem Sąd Okręgowy utrzymał w mocy wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. alit: KIO 1936/15, w którym Izba nakazała Zamawiającemu - ZDW unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnić czynność badania i oceny ofert, a także powtórzyć czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał cyt,: „W ocenie Sądu Okręgowego to należyte i dające pewność zabezpieczenie interesów zamawiającego wyznacza i determinuje skuteczność gwarancji wadialnej. (...) W konsekwencji Sąd Okręgowy w niniejszym składzie, nie podzielił poprzednio poglądu w orzecznictwie, iż w wadium dominującego przypadku zabezpieczającego ofertę składaną przez konsorcjum, wystarczające jest, aby gwarancja wymieniała tylko jednego z uczestników takiego konsorcjum. W ocenie Sądu Okręgowego w realiach niniejszej sprawy koniecznym było, bowiem wymienienie w treści Gwarancji wadialnej bądź wszystkich Wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego - w myśl art 23 ust. 1 ustawy Pzp w związku z ust. 3 ustawy pzp. a

co najmniej zasygnalizowanie Gwarantowi, że Zleceniodawca, jako strona stosunku „gwarancyjnego" jest liderem i jednym z uczestników Konsorcjum, działającym także w

imieniu, ale i na rzecz drugiego uczestnika Konsorcjum, jako Wykonawcy - którzy, zatem wspólnie złożyli w postępowaniu przetargowym ofertę po to aby Gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym". Czynności i zaniechania każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia mogą powodować trudności w uzyskaniu gwarancji. W związku z powyższym Sąd Okręgowy jednoznacznie wskazał, iż nadrzędnym celem gwarancji wadialnej jest należyte zabezpieczenie interesu finansowego Zamawiającego. Co więcej w ocenie Sądu Okręgowego wystawienie gwarancji wadialnej na jednego członka konsorcjum pozwala na interpretację, iż stosunek prawny zaistnieje tylko i wyłącznie pomiędzy beneficjentem gwarancji a zleceniodawcą gwarancji. W związku z powyższym gwarancja wadialna wystawiona na zlecenie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie nie wywołuje, w ocenie Sądu, skutków prawnych wobec konsorcjum, jako grupy wykonawców, Sąd dostrzegł w zaistniałym stanie faktycznym poważne ryzyko, iż Zamawiający z uwagi na zawarte w gwarancji nieścisłości, co do podmiotowego zakresu gwarancji, może nie uzyskać od Gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tego wykonawcy, który nie został wymieniony w dokumencie gwarancji. Jednocześnie musi dziwić próba marginalizacji przez Odwołującego orzeczenia, jako nie zapadłego w tym postępowaniu -mimo, że Odwołujący argumentując swoje stanowisko sam posiłkuje się licznym dorobkiem orzeczniczym - jakkolwiek w ocenie Zamawiającego nieaktualnym poglądowo. Zamawiający nie odmawia racji Odwołującemu, iż przywołane orzeczenie dotyczy innego postępowania, w związku z czym nie odnosi się do Zamówienia będącego przedmiotem odwołania, Jednakże należy mieć na uwadze fakt, iż Zamawiający jako Skarb Państwa, zobowiązany jest zarówno do zgodnego z dyscypliną finansów publicznych wydatkowania środków pochodzących z budżetu państwa, jak również do efektywnego realizowania zadań statutowych. Środkiem do realizacji tego celu jest niewątpliwie sprawne i prawidłowe przeprowadzenie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, w tym jak najbardziej korzystne z punku widzenia Skarbu Państwa zabezpieczenie prawa do dochodzenia ewentualnych roszczeń. Ryzyko związane z wystawieniem gwarancji wadialnej wyłącznie na jednego członka konsorcjum, jak również obawa przed ewentualną koniecznością unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert, na skutek możliwych odwołań wykonawców, poskutkowały wykluczeniem Odwołującego z niniejszego postępowania.

W ocenie Zamawiającego, dokonanej z wykorzystaniem doświadczenia z poprzednich w tym zaczerpniętego postępowań, niewykluczenie Odwołującego postępowaniu z całą pewnością skutkowałoby koniecznością unieważnienia wskazanych

powyżej czynności postępowania. W związku z powyższym nie należy czynić Zamawiającemu zarzutu, iż postępował zgodnie ze wskazaniem Sądu Okręgowego. Dalsze postępowanie Zamawiającego w sposób niezgodny z tezą niniejszego orzeczenia, świadczyłoby o nierespektowaniu stanowiska Sądu, którego jest adresatem. Tym bardziej, że jest to Sąd właściwy dla Zamawiającego, jako organ rozstrzygający w II instancji spory z zakresu zamówień publicznych."

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - TRAKCJA PRKil S.A., oraz Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. [dalej: Odwołujący lub Konsorcjum TRAKCJA PRKil legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179

ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podstawę rozstrzygnięcia stanowiły poczynione przez Izbę ustalenia faktyczne.

Zamawiający pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. wykluczył Konsorcjum TRAKCJA PRKiI z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, podając, że „załączona do oferty Gwarancja przetargowa nr TEB1965/16 z dnia 7 czerwca 2016 r. wystawiona jest przez HSBC Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tylko dla jednego członka Konsorcjum tj. Trakcja PRKiI S.A. (….). Wskazując dalej na wyrok z dnia 22 stycznia. 2016 r. wydany przez Sąd Okręgowy w Gdańsku (sygn. akt XH Ga 697/15 oraz przytaczając jego uzasadnienie – już wyżej cytowane - stwierdził w szczególności, że (…) przedmiotowa gwarancja wadialna wystawiona na zlecenie ww. członka Konsorcjum nie wywołuje skutków prawnych wobec Konsorcjum i określa warunki wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w powiązaniu z działaniem lub zaniechaniem tylko tego konkretnego wykonawcy tj. Trakcji PRKiI S.A.”. W konkluzji stwierdził, że (…) oferta wspólna złożona

13

---

przez Konsorcjum nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, co w konsekwencji prowadzi do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.”

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w Rozdziale I w jego punkcie 17 Zamawiający kierując się przepisami ustawy Pzp, w tym jej art. 45 oraz art. 46 ust.4a i 5, określił. szczegółowe wymagania dotyczące kwoty wadium, dopuszczalnych form i sposobu jego wniesienia,

W niniejszym postępowaniu oferta została złożona przez Konsorcjum - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – w którego skład wchodzi wykonawca TRAKCJA PRKiI S.A., jako jego Lider oraz Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów sp. z o.o. [Partner]. Do tej oferty zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 4.02.2016 r., w którym wskazani wykonawcy ustanowili spółkę TRAKCJA PRKiI S.A. pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust.2 ustawy Pzp oraz upoważnili tego Lidera m.in. do dokonywania wszelkich czynności w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący na rozprawie przedłożył ponadto Umowę Konsorcjum zawartą pomiędzy tymi wykonawcami w dniu 29 stycznia 2016 r., w której preambule wskazano, że intencją wskazanych w niej partnerów Konsorcjum jest wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsk, którego przedmiotem jest „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 Stanisławie." Z tej Umowy jej punktu 3 lit. a) również wynika, że Liderem i pełnomocnikiem Konsorcjum na czas przetargu, a w przypadku uzyskania Kontraktu, na czas jego wykonania i ostatecznego rozliczenia” Strony ustanowiły spółkę Trakcja PRKiI S.A. Zgodnie z literą b) tiret szósty tego punktu 3 Lider został upoważniony m.in. do wniesienia wadium w postępowaniu. Ogłoszenie w przedmiocie tego zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 2016/S 015-021254 w dniu 22.01.2016 r. Złożona w ofercie gwarancja bankowa wystawiona została w dniu 7 czerwca 2016 r. na zlecenie TRAKCJA PRKiI S.A. Ta gwarancja wadialna, poza wskazywanym przez Zamawiającego brakiem wymienienia w jej treści także Partnera – drugiego z członków Konsorcjum - nie budziła innych zastrzeżeń Zamawiającego, w szczególności w zakresie jej bezwarunkowego i nieodwołalnego charakteru, oznaczenia beneficjenta, postępowania w którym zabezpiecza złożoną ofertę, sumy gwarancyjnej, okresu ważności, czy też przypadków, w których zamawiający mógłby wystąpić o zapłatę świadczenia.

14

W oparciu o powyższe ustalenia Izba uznała, iż czynność wykluczenia Odwołującego dokonana została z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie budzi wątpliwości fakt, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wadium uznaje się za wniesione skutecznie, gdy pokrywa i zabezpiecza interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w przypadkach określonych w ustawie Pzp (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp). Z kolei

przepis art. 23 ust. 1 Pzp przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, m.in. w formie konsorcjum, którego istotą jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Jednym z takich działań jest wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazany art. 23 w ust.2 wymaga ustanowienia przez pozostałych członków konsorcjum pełnomocnika uprawnionego do reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy. Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego należy uznać, że obowiązki wykonawcy wynikające z treści przepisów art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, odpowiednio dotyczą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy są traktowani w określonych sytuacjach w postępowaniu o udzielenie zamówienia tak jak jeden wykonawca.

Zamawiający w Specyfikacji [pkt 17] wymagał od wykonawców wniesienia wadium w jednej z form przewidzianych w art. 45 ust. 6 ustawy, nie wprowadzając żadnych dodatkowych ograniczeń, czy też wymagań, co do sposobu wniesienia wadium przez konsorcjum, w szczególności nie wymagał, aby w treści gwarancji przetargowej wskazani byli wszyscy konsorcjanci. Także przepisy ustawy Pzp nie zawierają odmiennej regulacji, co do obowiązku wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w szczególności nie wymagają, aby każdy z nich zabezpieczył ofertę wadium bez względu na to w jakiej formie to wadium jest wnoszone. W świetle przepisów ustawy Pzpzz, wymagane jest, aby wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, w wysokości wskazanej przez zamawiającego, oraz w jednej z form. Zatem w przypadku, gdy zamawiający nie wskaże w SIWZ szczególnych wytycznych, co do sposobu wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, to na etapie oceny ofert nie może powoływać się na nowe podstawy dla uznania, iż wadium nie zabezpiecza oferty w sposób prawidłowy i skuteczny. W takiej sytuacji, dla oceny ważności

wadium znaczenie mają wyłącznie przepisy ustawy Pzp, które – jak zaznaczono - nie wymagają, aby wadium wnoszone dla zabezpieczenia wspólnej oferty [także w formie innej niż pieniężna], pochodziło od każdego z podmiotów tworzących konsorcjum.

Izba rozważając argumentację powoływaną w niniejszej sprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, podzieliła pogląd Odwołującego, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (składający wspólną ofertę) są uprawnieni do złożenia gwarancji wadialnej, która jako podmiot zobowiązany z gwarancji wskazuje tylko jednego z wykonawców spośród składu konsorcjum i taka gwarancja wadialna spełnia wymagania ustawy Pzp. Tym samym brak wskazania wszystkich członków konsorcjum w treści gwarancji ubezpieczeniowej, jak w niniejszej sprawie, nie pozbawia zamawiającego możliwości zatrzymania wadium, w przypadku wystąpienia po stronie konsorcjum okoliczności wskazanych w art. 46 Pzp.

W ocenie Izby, z treści oferty złożonej przez Konsorcjum TRAKCJA PRKiI i załączonego do niej pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum oraz przedłożonej na rozprawie Umowy Konsorcjum wynika jednoznacznie, że podmiot, na zlecenie którego gwarancja została wystawiona, nie jest samodzielnym uczestnikiem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma tym samym żadnych wątpliwości, co do możliwości identyfikacji oferty, która została zabezpieczona gwarancją bankową wystawioną, w tym przypadku na pełnomocnika, oznaczonego także, jako lider Konsorcjum TRAKCJA PRKiI. Nie można przy tym pominąć okoliczności, że udzielone pełnomocnikowi - liderowi Konsorcjum upoważnienie umocowuje ten podmiot do dokonania w postępowaniu wszelkich czynności prawnych, a zatem także do wniesienia wadium, ze skutkami bezpośrednio dla reprezentowanego (art. 95 § 1 i 2 k.c.). Dodatkowo Izba zwraca uwagę, że Umowa Konsorcjum jednoznacznie potwierdza, że zamiarem wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum [jego Lidera i Partnera] było wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Izba zauważa również, że gwarancja bankowa, podobnie jak gwarancja

ubezpieczeniowa, jest dokumentem, którego treść określa kształt zobowiązania umownego, a tym i beneficjenta samym zakres uprawnień obowiązków stron: gwaranta, (zamawiającego) oraz zleceniodawcy (uczestnika przetargu, na którego zlecenie wystawiana jest gwarancja). W przypadku oferty złożonej wspólnie przez konsorcjum nie ma znaczenia, który z członków konsorcjum wywoła okoliczności skutkujące koniecznością zatrzymania wadium. W sytuacji wystąpienia po stronie Konsorcjum TRAKCJA PRKiI okoliczności faktycznych opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp warunkujących zapłatę wadium, niezależnie

od tego, który z uczestników konsorcjum przyczyni się do powstania tych okoliczności, Zamawiający będzie uprawniony do żądania od HSBC Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zapłaty sumy gwarantowanej, gdyż okoliczności będą wywoływały skutek bezpośrednio po stronie lidera –TRAKCJA PRKiI S.A. Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, a tym samym wykonawcy wspólnie składający ofertę ponoszą wspólną (łączną) odpowiedzialność za zobowiązania zaciągnięte w związku z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako konsorcjum. Prawidłowo umocowany konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, zatem pełnomocnik ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum, które mogą skutkować obowiązkiem zatrzymania wadium. W ocenie Izby, nie można pomijać przy tym natury abstrakcyjnego stosunku zobowiązaniowego, jaki powstaje w wyniku złożenia zobowiązania przez Gwaranta do wypłaty kwoty wadium, opatrzonego klauzulą „nieodwołalnie i wobec od bezwarunkowo" beneficjenta, niezależne stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Zgodnie w orzecznictwie przyjmuje się, że abstrakcyjny charakter tego zobowiązania uniemożliwia skuteczne podniesienie zarzutów przeciw wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) ze stosunku podstawowego, a Gwarant zobowiązany jest do świadczenia już z momentem przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. Istotne jest zatem to, aby gwarancja prawidłowo wskazywała zamawiającego oraz postępowanie w jakim wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń opisanych w treści gwarancji. Należy również zauważyć, iż gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Konsorcjum TRAKCJA PRKiI Zamawiającemu została wystawiona przed sporządzeniem i złożeniem oferty, a po zawarciu umowy konsorcjum i udzieleniu pełnomocnictwa liderowi konsorcjum, co potwierdza, że podmiot zlecający wystawienie gwarancji był umocowany do działania w tym zakresie na rzecz drugiego członka konsorcjum, a Gwarant wystawił gwarancję do oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, bez badania treści oferty, tj. niezależnie od tego czy podmiot zlecający wystawienie gwarancję złoży ofertę samodzielnie czy też wspólnie z innymi wykonawcami. Izba oczywiście nie jest uprawniona do rozstrzygania, czy ewentualna odmowa wypłaty świadczenia pieniężnego z gwarancji, w której nie zostały wymienione jako wykonawca składający ofertę, wszystkie podmioty tworzące konsorcjum, mogłaby prowadzić do uniknięcia wykonania zobowiązania ubezpieczyciela wynikającego z gwarancji, jednakże wobec wskazanego przez Zamawiającego wyroku Sądu Najwyższego z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94) Izba zauważa, że wypowiadając się o odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, oraz uznając, że odpowiedzialność ta

nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny, Sąd stwierdził, że bank, który drugiemu bankowi (kredytodawcy) udzielił gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, ale tylko wówczas, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353 (1) k.c.), albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c). W okolicznościach tej sprawy, szczególnie w sytuacji, gdy gwarancja bankowa złożona przez Konsorcjum TRAKCJA PRKiI została wystawiona przed sporządzeniem i złożeniem oferty, a po zawarciu umowy konsorcjum, w której treści Lider został jednoznacznie umocowany do wniesienia wadium, a Gwarant wystawił gwarancję do oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, bez badania treści oferty, tj. niezależnie od tego czy podmiot zlecający wystawienie gwarancję złoży ofertę samodzielnie czy też wspólnie z innymi wykonawcami, trudno byłoby dopatrywać się sprzeczności żądania Zamawiającego z treścią gwarancji, czy też z działaniem stanowiącym

nadużycie prawa. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że w uzasadnieniu powołanego przez Zamawiającego wyroku, Sąd Okręgowy w Gdańsku wydane rozstrzygnięcie odniósł do gwarancji ubezpieczeniowej, zaznaczając, że jest to stanowisko składu wydającego wyrok, oraz zwrócił uwagę generalnie na realia sprawy bez ich zindywidualizowania, które zadecydowały o rozstrzygnięciu, podnosząc potrzebę, co najmniej zasygnalizowania Gwarantowi, że Zleceniodawca, jako strona stosunku „gwarancyjnego" jest liderem i jednym z uczestników Konsorcjum, jednakże nie precyzując, na czym taki sygnał miał by polegać i, w jakiej formie miał być wyrażony oraz nie odnosząc się do treści zlecenia w oparciu o które dokument gwarancyjny został wystawiony. Ponadto zwrócił przede wszystkim uwagę na możliwą interpretację oraz możliwe ryzyka uzyskania od Gwaranta sumy gwarancyjnej związane – zdaniem tego składu orzekającego - z nieścisłością, co do podmiotowego zakresu gwarancji. Nie wskazano także bezpośrednich prawnych podstaw uzasadniających odmowę Gwaranta [w tym przypadku ubezpieczyciela] pomimo bezwarunkowego i nieodwołalnego charakteru gwarancji ubezpieczeniowej.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Zamawiającego oraz przystępującego wykonawcy, co do aktualnej linii orzeczniczej w spornej kwestii. Należy bowiem zwrócić uwagę w szczególności na wskazany w odwołaniu wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r. (XXIII Ga 2031/15), w uzasadnieniu którego Sąd zwraca uwagę, że cyt.: „W niniejszej sprawie istotą sporu, zarówno obejmującego postępowanie odwoławcze, jak i obecnie w postępowaniu skargowym było, budzące wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie następujące zagadnienie prawne: *czy zamawiający może skutecznie wykluczyć wykonawców, w sytuacji, gdy wadium wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne w formie gwarancji bankowej, w której jako wykonawcę wskazano*

tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie". Dalej wskazuje, że rozpatrywanej sprawie zarówno gwarancja bankowa udzielona liderowi konsorcjum (...) S.A. w W., jak i gwarancja ubezpieczeniowa udzielona liderowi konsorcjum (...) S.A. w K., wskazywała, jako wykonawcę wyłącznie lidera, nie określając, że działa on w imieniu własnym oraz na rzecz innego podmiotu, to jest członka konsorcjum. Podkreślił również fakt, że zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wadium wnoszone w formie innej niż pieniądzu musiało w szczególności określać bezwarunkowy, nieodwołalny obowiązek zapłaty na pierwsze żądanie zamawiającego, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy oraz być ważne przez okres związania ofertą, określony w niniejszej specyfikacji. Dokument wadialny musiał także identyfikować wykonawcę oraz zawierać informację, iż stanowi zabezpieczenie wadium na rzecz zamawiającego i dokładne określenie przedmiotu zamówienia. Zwrócił uwagę, że ocena takiego stanu faktycznego - jak już wskazano powyżej - prowadzi do zgoła rozbieżnych stanowisk. Część doktryny i orzecznictwa uważa, że uwzględnienie w gwarancji wyłącznie lidera konsorcjum kwalifikuje się, jako wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na treść art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zwolennicy przedmiotowego poglądu powołują kwestię solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia publicznego. Drugi z poglądów opiera się

na abstrakcyjnym charakterze gwarancji i jego oderwaniu od stosunku podstawowego, jakim jest wniosek zleceniodawcy gwarancji, jak również na założeniu, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o realizacje zamówienia nie tworzą odrębnego bytu prawnego jak również nie gromadzą wspólnego mienia rodzącego odpowiedzialność solidarną. Co więcej przepis art. 23 ust. 3 ustawy PZP reguluje stosunki pomiędzy zamawiającym a wykonawcami i nie ma skutku dla banku, jako wystawcy gwarancji. Sąd Okręgowy, w ustalonym w niniejszej sprawie stanie faktycznym, uznał za prawidłowe i słuszne pierwsze z prezentowanych stanowisk. W przedstawionej argumentacji odniósł się m.in. do postanowień specyfikacji, treści gwarancji identyfikującej wykonawcę, umowy konsorcjum, uznając za bez znaczenia dla możliwości późniejszej realizacji gwarancji fakt, że została ona udzielona liderowi konsorcjum, nie zaś wszystkim wykonawcom wchodzącym w jego skład. Podkreślił w tym uzasadnieniu, że cyt.: (…) W konsekwencji, także niespełnienie świadczenia przez którekolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie

oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna, a zatem będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej, w której treści,

jako wykonawca został wymieniony jedynie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”.

Reasumując, Izba uznała, że złożona w ofercie przez Konsorcjum TRAKCJA PRKiI gwarancja bankowa na potwierdzenie wymaganego wadium spełnia wymagania specyfikacji oraz ustawy Pzp i wobec powyższego wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp i w konsekwencji uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 Pzp było bezpodstawne.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz uwzględniając przepisy 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).

……...

……...

……...