

**WYROK**  
**z dnia 21 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Członkowie: Marek Koleśnikow**  
**Daniel Konicz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01 – 518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61 – 623 Poznań** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: TRAKCJA PRKił S.A, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o., ul. Złota 59 XVIII p., 00-120 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum: TRAKCJA PRKił S.A, Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o., ul. Złota 59 XVIII p., 00-120 Warszawa oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61 – 623 Poznań**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01 – 518 Warszawa** – tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, ul. Wilczak 51, 61 – 623 Poznań** na rzecz wykonawcy: **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01 – 518 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem uiszczzonego wpisu.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, dalej zwany także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 188 Człuchów - Piła CZĘŚĆ 1 na odcinku Debrzno - Lipka od km 19+125 do 23+516; CZĘŚĆ 2 w miejscowości Krajenka; CZĘŚĆ 4 na odcinku przejścia przez Błękwit w granicach administracyjnych miejscowości*”. Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.04.2016 roku pod numerem 2016/S 072-125365.

W dniu 7 lipca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Skanska S.A. ul. Generała Zajęzka 9 01 - 518 Warszawa, zwanym dalej także „Odwołującym” wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o. o. oraz TRAKCJA PRKiL S.A., na części zamówienia nr 1, 2 i 4, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, którego Liderem jest TRAKCJA PRKiL S.A., mimo tego, iż złożona w ofercie tego wykonawcy gwarancja wadialna nie zabezpiecza oferty Konsorcjum.

Podnosząc powyższy zarzut wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w rezultacie:
- 2) wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak wniesienia wadium,

Na wstępie uzasadnienia podniesionego zarzutu podał iż oferta Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu uplasowała się na drugim miejscu w odniesieniu do każdej z trzech części, których dotyczy niniejsze odwołanie i gdyby kwestionowany wykonawca został wykluczony to przedmiotowe zamówienie zostałyby udzielone Odwołującemu.

W dalszej części uzasadnienia podał iż w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło Konsorcjum Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o. o. oraz TRAKCJA PRKiL S.A., jednakże gwarancja wadialna tego wykonawcy została złożona tylko przez TRAKCJA PRKiL S.A., a zatem podmiot, który w ogóle w przedmiotowym postępowaniu nie złożył oferty.

Wobec powyższego gwarancja wadialna udzielona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Europa Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu zabezpiecza ofertę TRAKCJA PRKiL S.A., która to oferta w ogóle w przedmiotowym postępowaniu nie została złożona, natomiast oferta Konsorcjum pozostaje w przedmiotowym postępowaniu nie zabezpieczona, gdyż powyższa gwarancja wskazuje i definiuje jako "Wykonawcę", tj. zobowiązanego z gwarancji, jedynie TRAKCJA PRKiL S.A. Ponadto, treść gwarancji ubezpieczeniowej wskazuje, że to TRAKCJA PRKiL SA, a nie Konsorcjum, złożyło ofertę w postępowaniu, o czym świadczą w szczególności następujące fragmenty gwarancji: *"W związku z zamiarem złożenia Zamawiającemu przez Wykonawcę oferty w trybie przetargu nieograniczonego a także: „Na podstawie niniejszej Gwarancji, Gwarant działając na zlecenie Wykonawcy. ”* Ponadto w treści gwarancji wskazano wprost, iż Wykonawcą jest TRAKCJA PRKiL SA.

Wobec powyższego z treści gwarancji wypływa wprost wniosek, iż oferta Konsorcjum nie jest zabezpieczona wadium, gdyż sam gwarant wskazuje, iż wykonawcą jest tylko TRAKCJA PRKiL S.A.

W dalszej części uzasadnienie Odwołujący przywołał obszerny fragment z wyroku KIO z 1 lipca 2015 roku sygn. KIO 1251/15 wskazując między innymi na kwestie iż niezasadnym jest przyjęcie, *że zostaje prawidłowo wniesiona gwarancja przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy dokument gwarancji jest wystawiony tylko na jednego wykonawcę.* Nadto dodał iż *abstrakcyjny charakter gwarancji i jego oderwanie od stosunku podstawowego jakim jest wniosek zleciodawcy gwarancji, a także na to, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie 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*".

Reasumując swoje stanowisko w sprawie podkreślił, że nigdzie w żadnym punkcie przedmiotowej gwarancji nie wskazano, iż wadium wynikające z treści gwarancji zabezpiecza ofertę Konsorcjum oraz nigdzie w treści gwarancji nie wskazano także, iż TRAKCJA PRKiL S.A. jest liderem tego Konsorcjum.

Zatem zdaniem Odwołującego, w tym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której ofertę złożyło Konsorcjum, a wadium zostało złożone tylko przez wykonawcę TRAKCJA PRKiL S. A. Tym samym wadium zostało wniesione przez wykonawcę, który nie złożył oferty, albowiem taki wykonawca - jak TRAKCJA PRKiL S. A. (samodzielnie) nie występuje w niniejszym postępowaniu. Nie ulega zatem wątpliwości, iż treść kwestionowanej gwarancji wadialnej nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania Zobowiązanego, którym jest wyłącznie jeden wykonawca - TRAKCJA PRKiL S. A.. Z żadnego postanowienia gwarancji wadialnej nie wynika bowiem, że obejmuje ona okoliczności związane ze wspólnym

ubieganiem się o udzielenie zamówienia, nie wskazuje przy tym drugiego z konsorcjantów. Co więcej w treści gwarancji wskazano, iż gwarant zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Zamawiającego pełnej kwoty gwarancji, w przypadku zaistnienia w stosunku do Wykonawcy (a zatem w stosunku do TRAKCJA PRKiL S. A. , bo gwarancja definiuje jako wykonawcę tylko ten podmiot) co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium. Tak ukształtowana treść gwarancji nie zapewnia Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymania wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego członka Konsorcjum.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, lecz w prezentowanym na rozprawie stanowisku wywodził, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa jest ważna i w pełni zabezpiecza w tym zakresie interes Zamawiającego. Ponadto powołał się na przepis art. 23 ust.1 Pzp iż konsorcjum w zamówieniach traktowane jest jako wykonawca i tym samym brak jest podstaw prawnych do różnicowania wymagań co do treści gwarancji wadialnej w zależności od tego czy ofertę składa konsorcjum wykonawców czy pojedynczy podmiot.

Zdaniem Zamawiającego wystarczającym jest aby wykonawca występujący w ramach konsorcjum przedłożył gwarancję wadialną w której wskazany został tylko jeden z konsorcjantów. Swoje uprawnienie do możliwości egzekwowania w zaistniałych sytuacjach możliwości zaspokojenia się z wadium Zamawiający wywodzi z art. 369; 370 i 380 Kc dot. solidarnej odpowiedzialności całego konsorcjum za wykonane zamówienia, a także z faktu, iż przy solidarnej odpowiedzialności dłużników zamawiający ma możliwość swobodnego wyboru od którego z wykonawców będzie dochodził zadośćuczynienia za powstałą szkodę. Wskazał nadto, że w postanowieniach SIWZ w szczególności pkt 9 nie zostały postawione żadne szczegółowe wymagania co do treści gwarancji wadialnej, różnicującej wymagania, gdyby ofertę składa konsorcjum, czy pojedynczy podmiot.

Nadto wskazał na uchwały SN z 16.04.1993 sygn. III CZP 16/93 oraz z 28.04.1994 r. sygn. III Czp 166/94 z których wynika, że jeśli w treści gwarancji wymieniono, że gwarancja jest nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie to bank nie może ograniczać wypłaty biorąc pod uwagę charakter stosunku zobowiązaniowego pomiędzy tymi podmiotami.

Przystępujący do postępowania wykonawca Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o. o. oraz TRAKCJA PRKiL S.A, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia**

**publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, iż zarzut odwołania potwierdził się i tym samym odwołanie zostaje uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, oraz interesu w przystąpieniu wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwa Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o. o. oraz TRAKCJA PRKil S.A do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W odwołaniu został podniesiony jeden zarzut dotyczący niewykluczenia wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwa Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o. o. oraz TRAKCJA PRKil S.A – Przystępującego, z tego powodu iż została złożona oferta, gdzie gwarancja wadialna była wystawiona tylko na jednego konsorcjanta tj. TRAKCJĘ PRKil S.A.

Na wstępie Izba zauważa, że kwestia oceny prawidłowości tak wystawionej gwarancji wadialnej doczekała się bogatego, niejednolitego orzecznictwa, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów okręgowych. Dychotomii stanowisk w tej kwestii nie należy wiązać w całości z rozbieżnością poglądów organów orzekających w tym zakresie, gdyż w szczególności należy mieć na względzie kwestie, iż każde z tych orzeczeń zostało wydane w innym stanie faktycznym i często prawnym, wynikającym z innej treści postanowień SIWZ. Podkreślić w tym zakresie należy w szczególności, iż strona podnosząc zarzut co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 190 ust.1 Pzp, ustalającym zasadę kontrydiktoryjności postępowania, winna jego zasadność wykazać przy pomocy przekonujących dowodów. Brak udowodnienia zasadności podnoszonych zarzutów, skutkuje w oparciu o przepis art. 190 ust.1 w związku z art. 6 kc. koniecznością obarczenia przez Izbę czy sąd strony postępowania, konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego, czy też skargowego (podobnie teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: *Lex* nr 487510).

Odnosząc się do samej istoty gwarancji wadialnej stwierdzić należy iż ustawodawca przyjął, że wadium może być wnoszone w pieniądzu (art.45 ust.6 pkt 1) oraz w poręczeniach lub gwarancjach (art.45 ust.6 pkt 2–5), dopuszczając w szczególności gwarancje bankowe (pkt 3) i ubezpieczeniowe (pkt 4). Jeżeli wadium wnoszone jest w formie gwarancji, to

gwarancję taką niezależnie od tego czy jest to gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa powszechnie nazywana jest gwarancją wadialną.

Niewątpliwym jest, że dokument gwarancji wadialnej jest dokumentem, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, (podobnie wyroki KIO: z 7 lipca 2014 r., KIO 1298/14; z 9 lutego 2012 r., KIO 150/12). Stwierdzenie jego wadliwości skutkuje uznaniem, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i stanowi przesłankę wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W ostatnim czasie zostało wydanych kilka wyroków sądów okręgowych w tym zakresie, tj wyrok SO w Słupsku z 23 lipca 2015 r., sygn. akt IV Ca 357/15, dwa wyroki SO w Warszawie – z 10 września 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1041/15 i z 14 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku, z dnia 22 stycznia 2016 roku sygn. akt: XII Ga 697/15, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 30 marca 2016 roku sygn. V Ga 205/15.

W czterech spośród ww. wyroków sądów okręgowych prezentowane jest stanowisko iż dla ważności wadium wnoszonego przez konsorcjum nie jest wystarczające wpisanie w treść gwarancji wyłącznie jednego wykonawcy.

Poza sporem pomiędzy stronami jest fakt, iż oferta przystępującego, która została uznana za najkorzystniejszą w tym postępowaniu była zabezpieczona gwarancją ubezpieczeniową wystawioną przez TU Europa S.A i obejmowała odpowiedzialność gwaranta za podmiot Trakcja PRKiI. Nie zostało wykazane iż wraz z wnioskiem o wydanie gwarancji TU Europa S.A. dysponowało wiedzą, iż Trakcja PRKiI nie jest jedynym podmiotem, który w ramach składanej oferty będzie ubiegał się o realizację zamówienia.

Podkreślić należy iż przystępujący, składając wniosek do TU Europa o udzielenie gwarancji, wskazał tylko jeden podmiot - Trakcja PRKiI, jako ubiegający się o udzielenie zamówienia. Tym samym nie podał gwarantowi, że składa ofertę w ramach konsorcjum i gwarancja o której wydanie wnioskuje, będzie miała zabezpieczać ofertę konsorcjum. Z literalnej treści przedłożonej gwarancji jednoznacznie wynika iż gwarant objął ochroną wyłącznie jednego wykonawcę - wnioskodawcę.

Zamawiający argumentując zasadność stanowiska co do prawidłowości tak złożonej gwarancji odwoływał się do treści art. 23 ust.1 Pzp, przepisów o solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum do której poprzez art. 14 Pzp winien mieć zastosowanie przepisy art. 370 i 380 kc, art. 141 Pzp, a także do abstrakcyjności i bezwarunkowości wystawionej gwarancji.

Podkreślić w tym zakresie należy iż w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej, dla odpowiedzialności gwaranta znaczenie ma treść wynikająca z listu gwarancyjnego. Jeżeli zakres podmiotowy udzielonej gwarancji obejmuje tylko jednego

spośród wykonawców wspólnie składających ofertę to Zamawiający nigdy nie może być pewny, czy gwarant nie odmówi wypłaty wadium. W szczególności jeżeli zaistnienie przesłanek zatrzymania wadium związane było z okolicznościami dotyczącymi innego wykonawcy niż podmiot oznaczony w liście gwarancyjnym.

Zdaniem Izby, dla wywiedzenia iż gwarant bierze także odpowiedzialność za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów, zamierzających realizować zamówienie, to dla prawidłowego zabezpieczenia interesu Zamawiającego, stanowisko to winno znaleźć odzwierciedlenie w treści listu gwarancyjnego, np. przez wskazanie, że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko wykonawcę oznaczonego, ale i wszystkich wykonawców, z którymi ten wykonawca zdecyduje się ostatecznie złożyć ofertę w oznaczonym postępowaniu.

Nadto Izba stoi na stanowisku iż z chwila zawarcia umowy konsorcjum – jak to miało miejsce w tej sprawie, wykonawcy tworzący je, w sprawach dotyczących tego postępowania, winni posługiwać się określeniem „Konsorcjum”. Takie stanowisko znajduje chociażby wyraz we wszystkich czynnościach Zamawiającego, który występując do takiego wykonawcy używa określenia ‘konsorcjum’ lub „lider konsorcjum”. Za takim stanowiskiem na gruncie Pzp przemawia także fakt, iż dla możliwości składania środków odwoławczych przez konsorcjum niezbędne jest złożenie odwołania przez wszystkich konsorcjantów lub ustalonego lidera w imieniu konsorcjum. W przeciwnym wypadku odwołanie takie podlegałoby odrzuceniu w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt 2 Pzp. W orzecznictwie przyjęto, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani do podejmowania działań, na co wskazuje m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z 13 października 2011 r. (V CSK 475/10), *wszyscy wykonawcy tworzący konsorcjum są podmiotami realizującymi zamówienie*.

Dlatego też wystąpienie z wnioskiem do gwaranta o udzielenie gwarancji wadialnej zawierające nazwę tylko jednego z konsorcjantów, bez dalszego dookreślenia podmiotów mających brać udział w złożeniu oferty, należy uznać za podanie nieprawdziwych informacji, skutkujące w ostateczności nieprawidłowością tak wystawionej gwarancji.

Podkreślić należy iż w doktrynie została przyjęta zasada, że wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej musi mieć taką samą płynność, jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne ( por wyrok SO w Warszawie z 14 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15 oraz KIO z dnia 17 czerwca 2008 r., o sygnaturze KIO/UZP 537/08 ).

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy iż płynność i pewność zapłaty Zamawiającemu dochodzonej kwoty wadialnej zależy w dużej mierze od zajętego

stanowiska w tej sprawie przez gwaranta. Niewątpliwym jest, że gwarant za usługę wystawienia gwarancji pobiera stosowne wynagrodzenie, którego wysokość jest zależna od wielu okoliczności, a w szczególności od ryzyka wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji wadialnej Zamawiającemu oraz sytuacji ekonomiczno- finansowej podmiotu wnioskującego o jej wystawienie. Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną oraz zdolność do wykonania kontraktu wykonawcy, którego udział w przetargu ma być zabezpieczony. Wynik tego badania przesądza o akceptacji wniosku o wystawienie dokumentu gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Dlatego też trudno uznać za zasadny pogląd, że gwarant wypłaci Zamawiającemu kwotę wadium także w sytuacji, kiedy wystąpią okoliczności nieznane gwarantowi na etapie wystawiania gwarancji i nie znajdujące odzwierciedlenia w ustalonej stawce wynagrodzenia. Za ww. wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie sygn.. V Ga 205/16 stwierdzić należy iż *„Niewątpliwie większa liczba wykonawców oznacza większe ryzyko gwaranta, co zapewne przekłada się na zwiększone prowizje, których żąda gwarant od wykonawcy. Inaczej mówiąc, gwarant musi mieć pełną wiedzę, co do tego, kogo ubezpiecza i od czego ubezpiecza”*.

Dlatego też Izba uznaje, że niewątpliwe roszczenie Zamawiającego, wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej, powstaje w odniesieniu do okoliczności przewidzianych w treści gwarancji, zarówno jeśli chodzi o jej zakres przedmiotowy jak i podmiotowy. Zdaniem Izby przenoszenie odpowiedzialności gwaranta na okoliczności w niej nie przewidziane lecz tylko podobne, jest niczym innym jak próbą rozszerzającej interpretacji treści gwarancji. W tej materii Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 września 2013 roku o sygnaturze II CSK 670/12 stwierdził, iż *biorąc pod uwagę stanowisko iż gwarancja występująca we współczesnym obrocie prawnym, w tym także gwarancja bankowa, jest umową. Dlatego też umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji*.

W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji znaczenie ma wyłącznie stosunek pomiędzy gwarantem, a Zamawiającym jako beneficjentem, którego treść wynika z listu gwarancyjnego. Z żadnego przepisu ustawy Pzp w tym i z art. 23 nie wynika, aby pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia zachodził węzeł odpowiedzialności solidarnej. Ustawa Pzp w art. 141 ustanawia solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dopiero za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i za wykonanie umowy. Złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może być uznane za zaciągnięcie zobowiązania, za które odpowiadają solidarnie, gdyż nie ma w tym przypadku

wspólnego dla tych wykonawców mienia. Trudno uznać również za zasadne wywodzenie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum wobec Zamawiającego w oparciu o przepis art. 370 i 380 kc. Po pierwsze przepisy kodeksu cywilnego stosowane w zakresie zamówień poprzez art. 14 Pzp mają zastosowanie tylko do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców, natomiast, aby nastąpiła wypłata wadium konieczna jest czynność podmiotu trzeciego tj. gwaranta. Twierdzenie, iż art. 370 kc. ma zastosowanie, bo wspólny majątek istnieje, jest nieprawdziwe – jeśli nawet uznać, iż takim majątkiem będzie powstająca w momencie wyboru umowy wierzytelność do zawarcia umowy, to zazwyczaj już w momencie żądania zapłaty wadium przewidzianego w przepisie art. 46 ust. 4a, taka „wierzytelność” zwykle nie istnieje, gdyż nastąpiło już np. wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska Izby zasadnym jest przywołanie stanowiska SO w Olsztynie (pow. cyt.), wydanego w podobnym stanie faktycznym Sąd stwierdził iż: *nie ma wątpliwości, iż odpowiedzialność solidarna członków konsorcjum powstaje dopiero po zawarciu umowy z zamawiającym, a nie na etapie ubiegania się o zamówienie. Treść przepisu artykułu 141 ustawy nie może tu rodzić żadnych wątpliwości. Zgodnie z treścią artykułu 369 kpc, kodeksu cywilnego, zobowiązanie jest solidarne, jeżeli wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Niewątpliwie odpowiedzialność solidarna wykonawców wobec zamawiającego na etapie wykonania umowy ma swoje źródło w ustawie, we wskazanym wyżej przepisie artykułu 141 ustawy. Z kolei z treści artykułu 23 ustęp 1 ustawy nie wynika odpowiedzialność solidarna członków konsorcjum. Źródłem solidarnej odpowiedzialności nie jest w tym przypadku ustawa. Nie jest nim także czynność prawna, bowiem na etapie ubiegania się o zamówienie między konsorcjantami a zamawiającymi nie doszło do zawarcia żadnej umowy, a jedynie umowa mogłaby być taką czynnością prawną.*

Odnosnie podnoszonego przez Zamawiającego abstrakcyjnego charakter gwarancji, który daje Zamawiającemu podstawę do żądania zapłaty kwoty gwarancji bez możliwości ustalania przez gwaranta z jakiego powodu kwota wadium ma być wypłaconą, stwierdzić należy iż ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna, bowiem wyłącznie gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta.

Zatem gwarancja, jak wskazał w ww. wyroku z dnia 20 września 2013 roku o sygnaturze II CSK 670/12 Sąd Najwyższy iż *umowa gwarancji winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji.*

Dlatego też zdaniem Izby w dokumencie gwarancji winny być wskazane podmioty należące do konsorcjum lub co najmniej informacja, że zleceniodawca gwarancji składa ofertę w ramach konsorcjum, a fakt ten został zaakceptowany przez gwaranta. W innym wypadku gwarant może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej, gdy przesłanki przepadku wadium dotyczą niewymienionego w niej podmiotu. Bezwarunkowość nie oznacza, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji.

Przedłożone przez Przystępującego na etapie rozprawy pismo gwaranta z dnia 14.07.2016 r. będące uzupełniającym oświadczeniem gwaranta nie ma żadnego znaczenia dla rozpatrywanej sprawy. Dokument wadium nie podlega uzupełnieniu, gdyż nie mieści się on w katalogu dokumentów podlegających uzupełnieniu, nie stanowi on też treści oferty, a więc nie dotyczą go przepisy o poprawianiu omyłek.

Zdaniem Izby nie można także podzielić prezentowanego przez Przystępującego stanowiska, że skoro jeden z konsorcjantów wg umowy konsorcjum działał jako pełnomocnik całego konsorcjum, to wystarczająca była gwarancja, w której tylko ten pełnomocnik został wskazany. Z faktu udzielenia pełnomocnictwa wynika tylko tyle, że umocowany podmiot - lider konsorcjum może samodzielnie zawrzeć umowę gwarancji w imieniu konsorcjum, z tym jednak zastrzeżeniem, że powinno to znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści gwarancji. W przedmiotowym dokumencie gwarancji brak jest jakiegokolwiek wzmianki o tym iż przystępujący będzie składał ofertę w ramach konsorcjum.

Reasumując powyższe Izba stwierdza, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono Zamawiającemu niewątpliwą możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym złożona przez Przystępującego gwarancja ubezpieczeniowa takiej pewności Zamawiającemu nie zapewniała.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy

Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....