

**WYROK**

**z dnia 1 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Magdalena Rams**

**Klaudia Szczytowska – Maziarz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 czerwca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 maja 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) W. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. (Lider); 2) J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ALMEX” J. S. (Partner), Al. Piłsudskiego 11, 34-300 Żywiec; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Krótka 12, 34-326 Pietrzykowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Brenna, ul. Wyzwolenia 77, 43-438 Brenna**

**orzeka:**

**1. oddała odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) W. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. (Lider); 2) J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ALMEX” J. S. (Partner), Al. Piłsudskiego 11, 34-300 Żywiec; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Krótka 12, 34-326 Pietrzykowice i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę**

**Konsorcjum Firm: 1) W. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. (Lider); 2) J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ALMEX” J. S. (Partner), Al. Piłsudskiego 11, 34-300 Żywiec; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum tytułem wpisu od odwołania;**

2.2. zasądza od wykonawcy **Konsorcjum Firm: 1) W. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. (Lider); 2) J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ALMEX” J. S. (Partner), Al. Piłsudskiego 11, 34-300 Żywiec; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum na rzecz Gminy Brenna, ul. Wyzwolenia 77, 43-438 Brenna kwotę 4 201 zł 78 gr (słownie: cztery tysiące dwieście jeden złotych siedemdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę;**

2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) W. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. (Lider); 2) J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ALMEX” J. S. (Partner), Al. Piłsudskiego 11, 34-300 Żywiec; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum** stanowiącą nadwyżkę uiszczoną przez ten podmiot wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 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 Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Rozbudowę i przebudowę budynku Przedszkola Publicznego nr 1 (wraz z robotami towarzyszącymi) w Górkach Małych*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 87414 - 2016, data zamieszczenia 13.04.2016 r., przez Gmina Brenna, ul. Wyzwolenia 77, 43-438 Brenna zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 17.05.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Firm: 1) FAKTORIA AB Sp. z o.o. (Lider); 2) FAKTORIA Sp. J. M.H. S. (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Zawadzkiego 18, 43-250 Pawłowice zwanej dalej: „*Konsorcjum FAKTORIA*”. Oferta złożona przez Konsorcjum Firm: 1) W. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. (Lider); 2) J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ALMEX” J. S. (Partner), Al. Piłsudskiego 11, 34-300 Żywiec; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Krótka 12, 34-326 Pietrzykowice zwane dalej: „*Konsorcjum WIECHA -ALMEX*” albo „*Odwołującym*” została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, sam zaś Wykonawca wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W dniu 20.05.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum WIECHA - ALMEX wniosła odwołanie na w/w czynność z 17.05.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.05.2016 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw z art. 24 ust. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zażądał: a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, b) unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, c) dokonania powtórnej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, d) dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówień zwanej dalej: „*SIWZ*” Zamawiający wskazał odnośnie Odwołującego się istotne informacje w pkt 10 oraz w pkt 18 wskazując, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają Pełnomocnika (...) do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takim przypadku do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo (...). W przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie zamówienia spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt

8 SIWZ oceniane będzie łącznie, zaś badanie braku podstaw do wykluczenia przeprowadzone będzie w odniesieniu do każdego z wykonawców oraz, że wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność prawną za realizację zamówienia. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego się wskazał, że Odwołujący się podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 Pzp uznając, że Odwołujący się nie uiścił wadium. Nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem Zamawiającego. Odwołujący wskazują, że wadium uiścił w postaci Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium nr 02GG28/0281/16/0010 - co było zgodne z wymogami przetargu (pkt 18 SIWZ).

Odwołujący ponad podnosił, że żaden z przepisów Pzp nie wymagają, by w przypadku ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym aby było wnoszone wspólnie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie albo by w treści gwarancji ubezpieczeniowych byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę.

Ponadto zamawiający nie postawił w SIWZ żadnych szczególnych wymagań, jakie powinno spełniać wadium w zakresie formy gwarancji ubezpieczeniowej w przypadku jej złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (pkt 18 SIWZ). Zamawiający wskazał tylko, że warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wniesienie wadium w wysokości 23 000 zł (...) wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: (...) gwarancjach ubezpieczeniowych (...) Zamawiający zatem wyraźnie określił, że wadium może być wniesione w formach: m.in. gwarancji ubezpieczeniowych nie określających ich dokładnie, bez precyzyjnego ich określenia.

Stosownie do art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z tym wskazanie przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego się na skutek nie uiszczenia wadium jest błędna.

Odwołujący wskazał, że gwarancja powinna zawierać nazwę wykonawcy i należy to odnieść nie tylko do konsorcjum ale także do któregośkolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dającego zlecenie wystawienia gwarancji. W treści gwarancji nie zostali co prawda wpisani wszyscy członkowie konsorcjum to jednak wystawienie gwarancji na rzecz jednego z nich i to w dodatku na pełnomocnika konsorcjum umocowanego do jego reprezentowania jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum pozwalającym skutecznie zaspokoić roszczenia Zamawiającego. Złożenie przez konsorcjum oferty na wykonanie zamówienia oraz ubieganie się o udzielenie zamówienia przez konsorcjum jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązań w rozumieniu art. 370 k.c. powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia

umowy w sprawie zamówienia publicznego. Solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólną ofertę odnosi się także do obowiązku podpisania umowy oraz pokrycia szkody w przypadku jej niepodpisania z przyczyn dotyczących uczestnika oferty wspólnej, który nie był podmiotem wnoszącym wadium (wyrok SO w Poznaniu z 12.05.2006 r., sygn. akt: II Ca 489/05, wyrok KIO z 08.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1320/11 oraz z 27.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1633/14 oraz wyrok KIO z 05.03.2015 r., sygn. akt: KIO 336/15).

Zamawiający w dniu 19.05.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 25.05.2016 r. (faxem), a 30.05.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. W pierwszej kolejności Zamawiający zwrócił uwagę na uchybienia natury formalnej dotyczące złożonego odwołania, a są to: a. przesłanie Zamowującemu jedynie kopii odwołania bez kopii dowodu uiszczenia wpisu, który zgodnie z art. 187 ust 2 Pzp winien być załączony do odwołania, co uzasadnia przypuszczenie, że wpisu takiego nie dokonano; w przypadku niezuzpełnienia takiego braku formalnego koniecznym byłby zwrot odwołania b. brak w treści odwołania wskazania na nr telefonu lub faxu oraz adres poczty elektronicznej Odwołującego, jak i Zamawiającego, mimo, że taki wymóg treści odwołania stawiają przepisy aktu wykonawczego do Pzp.

Odnośnie zarzutów merytorycznych Zamawiający nie podziela argumentacji Odwołującego się, zwracając uwagę przede wszystkim na fakt, że najnowsze orzecznictwo, dotyczące problematyki wadium wniesionego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej przez konsorcjum zdecydowanie różni się od stanowisk prezentowanych wcześniej w praktyce, czego nie dostrzegł odwołujący, bazując na rozstrzygnięciach nawet sprzed 10 lat.

Zamawiający badając ofertę w pierwszej kolejności sprawdził, czy oferta złożona przez Odwołującego - jest prawidłowo zabezpieczona wadium. Z załączonego dokumentu do oferty -Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium nr 02GG28/0281/16/0010 - złożonego przez Wykonawcę, o którym mowa powyżej, wynika iż nie wniósł wadium prawidłowo, co należy rozumieć jako niewniesienie wadium. Gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona na jednego z konsorcjantów, tj. Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F., ul. Krótka 12, 34-326 Pietrzykowice. Dokument w swojej treści w żaden sposób nie identyfikuje drugiego Wykonawcy.

Obowiązująca w postępowaniu SIWZ - pkt. 10 ppkt. 2 zawierała jednoznaczną informację, że: „*W przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie niniejszego*

zamówienia, spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 8 SIWZ oceniane będzie łącznie, zaś badanie braku podstaw do wykluczenia przeprowadzone będzie w odniesieniu do każdego z Wykonawców." Zapis taki jest istotny w przypadku oceny gwarancji wadialnej. Nie można bowiem mylić warunków udziału w postępowaniu z warunkami wykluczenia badanymi odrębnie dla każdego z podmiotów.

Podstawową funkcją wadium jest pełne zabezpieczenie interesów Zamawiającego w przypadku zaistnienia zdarzeń opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Bezsporne pozostaje, że o prawidłowo i skutecznie wniesionym wadium można mówić wówczas, gdy:

- zostało wniesione w wymaganej kwocie i przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert,
- w formach dopuszczonych w Pzp, na wyznaczony okres związania ofertą,
- spełnia wymogi uregulowane odrębnymi przepisami, w tym ustawy Prawo bankowe i ustawy o działalności ubezpieczeniowej, w przypadku, gdy nie jest wnoszone w formie pieniężnej,
- określa zgodnie ze stanem rzeczywistym podmiot (Wykonawcę), który złożył ofertę w postępowaniu, i którego działania w całości (a nie w odniesieniu do poszczególnych uczestników konsorcjum) wadium ma zabezpieczać.

Wystawiona gwarancja ubezpieczeniowa nie określa podmiotu (Wykonawcy), który złożył ofertę i z tych względów wadium w omawianej formie nie pokrywa i nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, tak w postaci możliwości sformułowania wystąpienia do gwaranta, ze wskazaniem oznaczonego w ustawie zachowania „Wykonawcy” uprawniającego do zatrzymania wadium, jak i następnie żądania z tego tytułu wypłaty kwoty wadium w oparciu o zapewnienie. Nie spełnia zatem żadnych z przypisanych tej instytucji funkcji, gwarancyjnej, zabezpieczającej, czy kompensacyjnej. Pomimo tego, że jeden z konsorcjantów (wymieniony w gwarancji ubezpieczeniowej) działał jako pełnomocnik całego Konsorcjum na podstawie Pełnomocnictwa (z 09.05.2016 r.) nie dowodzi tego, że gwarancja wadialna wystawiona właśnie na tego członka konsorcjum zabezpiecza interesy Zamawiającego i jest prawidłowa. Zwrócił uwagę, że dokument gwarancyjny wystawiony jest 05.05.2016 r., a więc na cztery dni przed tym zanim udzielono pełnomocnictwa liderowi konsorcjum. Zamawiający ma więc prawo sądzić, że ubezpieczyciel o istnieniu konsorcjum nie ma wiedzy. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją ubezpieczeniową tylko jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, gdyż gwarant nie obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczących Wykonawcy (całego Konsorcjum), o którym nie miał wiedzy zawierając umowę. Sam gwarant - firma ubezpieczeniowa - ograniczyli w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających.

Zaznaczył, że na podstawie aktualnego orzecznictwa, a to wyrok KIO z 17.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1936/15 oraz wyrok KIO z 08.10.2015r., sygn. akt: KIO 2067/15, KIO 2069/16, KIO 2071/15 oraz wyroku SO w Warszawie z 10.09.2015r., sygn. akt: KIO Ga/1041/15 brak jest podstaw, aby wywodzić solidarną odpowiedzialność uczestników Konsorcjum na interesującym nas etapie postępowania przetargowego. Zgodnie z art. 141 Pzp, Wykonawcy, o których mowa w art. 23 tej ustawy ponoszą jedynie solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc odnosi się ona do etapu realizacji umowy, a nie okresu ją poprzedzającego. Solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum względem Zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie, z którym to powiązane jest wniesienie wadium. Pogląd przeciwny nie ma oparcia w przepisach prawa. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, tak z uwagi na abstrakcyjny charakter udzielenia gwarancji wadium, jak i wyraźny wymóg w SIWZ dotyczący rozpatrywania oferty Wykonawcy, którego ofertę wadium zabezpiecza, w ocenie Zamawiającego wadium wnoszone w postaci gwarancji ubezpieczeniowej winno w swej treści zawierać oznaczenie podmiotu zabezpieczającego zapłatę wadium przez wskazanie wszystkich uczestników konsorcjum - jako Wykonawcy, a nie poprzez oznaczenie lidera konsorcjum, który w istocie pozostaje jedynie pełnomocnikiem, a nie Wykonawcą, który składa ofertę - z tego tytułu będącym zobowiązanym do wniesienia wadium, co w oczywisty sposób nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań lidera konsorcjum (pełnomocnika). Wniesienie wadium należy tylko wtedy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono Zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę.

W ocenie Zamawiającego, taki dokument z braku prawidłowego wskazania „Wykonawcy” nie umożliwia uznania, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli wadium przed upływem terminu składania ofert, co nakłada na Zamawiającego obowiązek wykluczenia takich Wykonawców z postępowania wobec zaistnienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i uznania ich oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Reasumując Zamawiający podziela poglądy wyrażone w cytowanych wyżej wyrokach KIO oraz w wyroku SO w Warszawie, które można uznać za wyraz ukształtowania się aktualnej linii orzeczniczej w tym względzie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**



Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treść ogłoszenia, postanowień SIWZ, zmiany ogłoszenia i treści SIWZ z 27.04.2016 r., oferty Odwołującego wraz z pełnomocnictwem z 09.05.2016 r., kopii ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG28/0281/16/0010 - wystawionej 05.05.2016 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, a także informacji o wynikach postępowaniu z 17.05.2016 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

[Zarzuty Odwołującego zawarte w odwołaniu]

Naruszenie przez Zamawiającego - art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw z art. 24 ust. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje postanowienia SIWZ, w tym szczególności pkt 10 oraz 18. W tym ostatnim wypadku z uwzględnieniem zmiany ogłoszenia i postanowień SIWZ w pkt. 18 ppkt 1 SIWZ z 27.04.2016 r. Nadto, Izba przywołuje treść pełnomocnictwa z 09.05.2016 r. załączonego do oferty oraz kopii ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG28/0281/16/0010 - wystawionej 05.05.2016 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, a także informacji o wynikach postępowaniu z 17.05.2016 r. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego - art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp – Izba uznaje generalnie powyższe zarzuty za chybione i podlegające oddaleniu.

W tym zakresie, Izba wskazuje na następujące okoliczności:

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Zamawiający w pkt 8 SIWZ zawarł uregulowania dotyczące - Wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zgodnie z którymi: „1) *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia ustanawiają Pełnomocnika, zwanego w niniejszej specyfikacji Pełnomocnikiem, do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takim przypadku, do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo w oryginale lub notarialnie poświadczoną kopii. Pełnomocnictwo winno być udzielone przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przykładowy wzór pełnomocnictwa stanowi załącznik nr 6 do SIWZ.*

2) *W przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, spełnienie przez nich warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 8 SIWZ oceniane będzie łącznie, zaś badanie braku podstaw do wykluczenia przeprowadzone będzie w odniesieniu do każdego z Wykonawców.*

3) *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia, których oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia, są zobowiązani przedstawić Zamawiającemu umowę regulującą ich współpracę.*

4) *Wszelka korespondencja prowadzona będzie wyłącznie z Pełnomocnikiem.*

5) *Wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, ponoszą solidarnie odpowiedzialność prawną za realizację zamówienia. Problematykę zobowiązań solidarnych w zakresie nie uregulowanym przez umowę między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia regulują przepisy kodeksu cywilnego.”.*

Po drugie, w pkt 18 SIWZ z uwzględnieniem zmiany z 27.04.2016 r. Zamawiający określił z kolei wymagania dotyczące wadium: „1) *Warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wniesienie wadium w wysokości 23.000,00 – zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące złotych 00/100) przed upływem terminu do składania ofert – w pieniądzu na konto Urzędu: (...), (Uwaga! Wadium w tej formie uważa się za wniesione*

w sposób prawidłowy, gdy środki pieniężne wpłyną na konto Zamawiającego przed upływem terminu składnia ofert, tj. (...).

Ponadto wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym.

- gwarancjach bankowych

- gwarancjach ubezpieczeniowych

- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109 poz. 1158 z późn. zm.)

2) Wpłaty dokonywane przelewem lub przekazem powinny mieć na przelewie lub przekazie wyraźny napis „WADIUM - Przetarg na „Rozbudowę i przebudowę budynku Przedszkola Publicznego nr 1 (wraz z robotami towarzyszącymi) w Górkach Małych” Wniesienie wadium w formie innej niż w pieniądzu, dopuszczonej przez ustawę Prawo zamówień publicznych i nie wymagającej zgody Zamawiającego, należy oryginał dokumentu zdeponować u Skarbnika Gminy Brenna w siedzibie Zamawiającego (pok. nr 4 w godz. pracy Urzędu tj. od wtorku do czwartku w godz. od 7<sup>30</sup> do 15<sup>30</sup>, w poniedziałek 7<sup>30</sup> do 16<sup>30</sup>, w piątek w godz. 7<sup>30</sup> do 14<sup>30</sup>).

3) Do oferty należy dołączyć oryginał lub kopię poświadczoną za zgodnością z oryginałem dowodu wniesienia wadium w pieniądzu, a w przypadku gwarancji – kopię gwarancji również poświadczoną za zgodnością z oryginałem.

4) Warunki zwrotu wadium i utraty wadium określa artykuł 46 ustawy Pzp, przy czym należy pamiętać, że Zamawiający zatrzymuje również 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, lub 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 rachunkowej o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszą.

5) Nie wniesienie wadium w terminie lub w sposób określony w SIWZ spowoduje wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP.

6. Zamawiający dokona zwrotu wadium na zasadach określonych w art. 46 ust. 1 – 4 ustawy Pzp.

7) Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została 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 publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”.

Odwołujący załączył do oferty pełnomocnictwo z 09.05.2016 r. według wzoru Zamawiającego, ustanawiające pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 Pzp dla konsorcjum WIECHA - ALMEX – osobę W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także do zawarcia umowy na realizację przedmiotowego zamówienia. Nadto dołączono, ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG28/0281/16/0010 - wystawionej 05.05.2016 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie wystawioną na wniosek W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. zwanego – Zobowiązanym.

Zgodnie z którą: „(..) niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę kwoty (....) z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami, tj.:

- 1) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,
- 4) Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego. (...)

3. Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie (...) (zwanym dalej "okresem ważności gwarancji"). Przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium.

4. Zapłata przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group kwoty, o której mowa w ust. 1, nastąpi w terminie do 30 dni od dnia doręczenia do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że

kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ust. 1.

5. Żądanie zapłaty powinno:

- 1) być podpisane przez Beneficjenta gwarancji lub osoby przez niego umocowane, ze wskazaniem podstawy umocowania,
- 2) być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji,
- 3) być doręczone do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności,
- 4) zawierać oznaczenie rachunku bankowego, na który ma nastąpić wypłata z gwarancji,
- 5) wskazywać przypadek określony w ust. 1 gwarancji, którego zaistnienie stanowiło przyczynę zatrzymania wadium.

6. Gwarancja wygasa po upływie okresu jej ważności, a także w następujących przypadkach:

- 1) z chwilą zwrotu gwarancji przed upływem okresu jej ważności,
- 2) przez zwolnienie InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group przez Beneficjenta gwarancji z zobowiązania wynikającego z gwarancji,
- 3) po wypłacie przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group pełnej kwoty gwarancji (...).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba podnosi następujące kwestie.

W pierwszej kolejności, zgodzić należy się z tezą Odwołującego zawartą w odwołaniu, że brak jest przepisów, które obligowałyby do złożenia gwarancji ubezpieczeniowej o określonej treści. Z tych względów to strony w drodze umowy mogą kształtować zobowiązania wynikające z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta. Jeżeli więc Odwołujący zdecydował się na wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to musiała ona spełniać swój podstawy cel wadium, jakim jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie - treść Gwarancji wadialnej nie pozostawia wątpliwości - w pkt 1 gwarancji, iż zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania Zobowiązanego, którym jest wyłącznie jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. z siedzibą Pietrzykowice. Z żadnego postanowienia Gwarancji wadialnej nie wynika, że obejmuje ona także okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia, ani też nie wskazuje drugiego z Wykonawców wchodzącego w skład Konsorcjum tj. J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ALMEX” J. S. z siedzibą Żywiec. W ocenie Izby, w realiach niniejszej sprawy koniecznym było, wymienienie w treści Gwarancji wadialnej bądź wszystkich Wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego - w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp w zw. z

ust. 3 Pzp, a co najmniej zasygnalizowanie Gwarantowi, że Wnioskodawca jako strona stosunku „gwarancyjnego” jest liderem/pełnomocnikiem i jednym z uczestników Konsorcjum WIECHA - ALMEX, 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. Wszystko też po to, aby nie było żadnych wątpliwości interpretacyjnych i trudności w przypisaniu wadium do konkretnej oferty oraz związanych z ustalaniem zakresu zobowiązań gwaranta oraz jak to już wskazano powyżej - żeby gwarancja spełniła swój cel, tj. należycie zabezpieczyła interes finansowy Zamawiającego (Beneficjenta) /jej zabezpieczająca rola/, poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta w przypadku, gdy Zobowiązany gwarancji nie wywiąże się ze swych powinności.

W tym miejscu, należy przypomnieć dla unaocznienia istoty problemu, jak i jej praktycznego wymiernego charakteru, że 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, co przesądza zarówno o akceptacji gwarancji, jak i o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant.

Zamawiający wzywając do wypłaty sumy gwarancyjnej musi potwierdzić zaistnienie jednego ze zdarzeń z art. 46 Pzp – w tym stanie faktycznym stanowi tak pkt 4 gwarancji. Wynika to również wprost z definicji gwarancji ubezpieczeniowej - która jest oświadczeniem woli zakładu ubezpieczeń (gwaranta), który zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do spełnienia określonego świadczenia pieniężnego (zapłaty sumy gwarancyjnej) na rzecz gwarantariusza (wierzyciela, beneficjenta gwarancji) w przypadku, gdy dłużnik - zobowiązany, nie wywiąże się z przyjętego zobowiązania wobec beneficjenta gwarancji. Z powyższej argumentacji wynika, że z treści gwarancji ubezpieczeniowej musi, więc jednoznacznie wynikać, jaki zabezpiecza, stosunek prawny i wynikające z niego zobowiązanie.

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 25.01.1995 r., sygn. akt: 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

*bezwartunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353<sup>1</sup> 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.

Przedmiotowa Gwarancja wadialna wystawiona de facto jedynie na zlecenie tylko jednego z członków konsorcjum, nie wywołuje, zatem skutków prawnych wobec Konsorcjum WIECHA - ALMEX, jako grupy wykonawców. W konsekwencji roszczenia z tytułu takiej Gwarancji powstają w razie zaistnienia okoliczności wynikających z art. 46 Pzp dotyczących wyłącznie tego Zobowiązanego, który został imiennie wymieniony i objęty gwarancją. W takiej sytuacji zachodzi, więc bardzo poważne ryzyko, że Zamawiający z uwagi na zawarte w przedmiotowej Gwarancji nieścisłości, co do podmiotowego zakresu gwarancji, może nie uzyskać od Gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego Wykonawcy, który nie został objęty tą Gwarancją. Izba zwraca uwagę na powszechnie znany i stosowany przez ubezpieczycieli formalizm, co do interpretacji zapisów umów ubezpieczeniowych, ogólnych warunków ubezpieczenia czy też gwarancji.

Należy podkreślić, że za powyższym stanowiskiem przemawia także i to, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Jako jedną z cech, która może odróżniać umowę konsorcjalną od typowej umowy spółki cywilnej, podaje się, że nie musi powstać, w ramach umowy konsorcjum, wspólny majątek konsorcjantów */tak m.in.,: J.A.Strzępka – tamże i M. Behnke, B. Czajka - Marchlewicz, D.Dorska. Umowy o roboty budowlane. Lex nr 129444/.* Trafnie podniósł to też Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z 09.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 44/05, *”cechą odróżniającą spółkę cywilną od konsorcjum jest wniesienie wkładów oraz powstanie wspólnego majątku”.*

Zaś, przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 1-3 Pzp zawsze materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Z kolei, byt gwarancji ubezpieczeniowej jest niezależny od stosunku podstawowego, jaki łączy osobę ubiegającą się o wspólne zamówienia (Partnera Konsorcjum) z osobą, za którą gwarant gwarantuje (Lidera Konsorcjum). Zakres gwarancji ubezpieczeniowej jest tylko i wyłącznie wyznaczony treścią dokumentu gwarancyjnego, który ma podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta. Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego, co tym samym oznacza, iż nie można odwoływać się do treści umowy konsorcjum, czy też pełnomocnictwa, jako podstawy do ich zdaniem właściwej

interpretacji dokumentu Gwarancji wadialnej. Odmienne stanowisko oznaczałoby, iż o zakresie zobowiązania gwaranta decydowałaby wola konsorcjantów, a nie gramatyczna wykładnia treści gwarancji.

Dodatkowo należy podkreślić, że w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją także tego rodzaju, że pełnomocnictwo załączone do oferty zostało wystawione w dniu 09.05.2016 r., czyli cztery dni po wystawieniu ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej z 05.05.2016 r., w konsekwencji nie wiadomo w jakim charakterze wystąpił p. Wiesław Wiecha do wystawcy gwarancji – Inter Risk TU SA VIG oraz czy Gwarant w ogóle wiedział o zamiarze złożenia oferty w postępowaniu, niesamodzielnie.

Lider, czy też jak w tym przypadku pełnomocnik Konsorcjum – W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. z siedzibą Pietrzykowice działający w ramach tego upoważnienia powinien być ujawnić wobec Gwaranta InterRisk TU SA VIG, że działa, także jako pełnomocnik/lider Konsorcjum WIECHA - ALMEX. Tymczasem z treści dokumentu Gwarancji wadialnej okoliczność taka w żaden sposób nie wynika, tj. aby W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „WIECHA” W. F. z siedzibą Pietrzykowice działało w imieniu i na rzecz Konsorcjum WIECHA - ALMEX. Wprost przeciwnie, jako jedyny Zobowiązany wymieniony jest wyłącznie ww. podmiot. W takiej sytuacji wzajemne relacje między konsorcjantami, regulowane treścią czy to umowy konsorcjum, która w tym stanie faktycznym w ogóle nie została przedstawiona nawet jako dowód na rozprawie, jak i zakresem pełnomocnictwa pozostają bez wpływu na zakres podmiotowy gwarancji. Należy wskazać na stanowisko Sądu Najwyższego wyrok z 07.01.1997 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)”*.

Nie sanuje powyższej – wady - przedmiotowej gwarancji wadialnej zasada solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, jako podmiotów wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego w formie konsorcjum - a wynikająca z przywoływanego przez nich art. 141 Pzp. Solidarność bowiem objęta hipotezą ww. normy dotyczy wyłącznie ich stosunków z Zamawiającym i nie wywiera skutków prawnych wobec osób trzecich, a więc wobec Gwaranta. Ponadto z brzmienia tego przepisu wynika, że solidarna odpowiedzialność konsorcjantów dotyczy tylko etapu - wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A contrario, nie odpowiadają oni solidarnie za inne czynności w toku postępowania np. za skutki przeszkód w zawarciu samej umowy, a więc w ogóle nie obejmuje kwestii wadium. (podobnie wyrok KIO z 15.03.2012 r., sygn. akt: KIO 421/12 oraz wyrok SO w Warszawie z 10.09.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1041/15). Niezależnie od



powyższego do konsorcjum wykonawców nie można też zastosować przepisu art. 370 k.c. lub też art. 864 k.c. dotyczącego solidarnej odpowiedzialności współników. Ponieważ konsorcjum nie zaciąga własnych zobowiązań ani też nie posiada wspólnego majątku. (podobnie w wyroku KIO 17.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1936/15 oraz w wyroku w wyroku KIO z 08.10.2015 r., sygn. akt: KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15). Każdy z konsorcjantów odpowiada za długi indywidualnie (syngularnie) całym swoim majątkiem. Konsorcjum (art. 23 ust. 1 Pzp), pomimo, że ma pewne wspólne cechy dla umowy spółki, to jednak nie jest jako takie samodzielny podmiotem praw i obowiązków oraz nie jest trwałym związkiem gospodarczym. Przypomnieć należy przy tym, że solidarność zobowiązania musi zgodnie z art. 369 k.c. wynikać albo z ustawy albo z czynności prawnej. Jak to wyżej przedstawiono w realiach niniejszej sprawy solidarność taka nie wynika ani z Pzp (oprócz solidarności powstałej już podpisaniu umowy z Zamawiającym) ani z pełnomocnictwa ani też z czynności w postaci złożenia wspólnej oferty.

Reasumując, Izba w niniejszym składzie uznaje, że treść ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG28/0281/16/0010 - wystawionej 05.05.2016 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie - nie jest związana z podmiotem składającym ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tzn. - Konsorcjum WIECHA - ALMEX - z uwagi na konieczność, co nie miało miejsca w tym stanie faktycznym, objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum (wyroki zespołów arbitrów: z 25.09.2002 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1221/02, z 24.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/ 0-149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 20.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1408/10, z 15.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1785/14, z 07.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2694/14, z 05.05.2015 r., sygn. akt: KIO 813/15, z 22.05.2015 r., sygn. akt: KIO 974/15, z 01.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1251/15, z 14.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1881/15, z 17.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1936/15, z 02.11.2015 r., sygn. akt: 2287/15, z 08.10.2015 r., sygn. akt: KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15, wyroki sądów powszechnych: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 24.03.2005 r., sygn. akt: III Ca 39/05, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.09.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1041/15 wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 22.01.2016 r., sygn. akt: XII Ga 697/15, jest również w piśmiennictwie - m.in. *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, Eugeniusz Kowalewski, Władysław Wojciech Mogilski, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1/2014).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba uznała koszty dojazdu Zamawiającego samochodem prywatnym zgodnie z przedłożonym na rozprawie wyliczeniem kosztów (601,78 zł), potwierdzającym koszt dojazdu (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Izba nakazała Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10.000 zł, stanowiącej nadpłacony przez Odwołującego wpis od odwołania. W myśl § 1 ust. 2 pkt 1 powołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r., wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wynosi 10.000 zł. Ponieważ Odwołujący wniósł wpis od odwołania w wysokości 20.000 zł, zatem nadwyżkę ponad 10.000 zł należało Odwołującemu zwrócić.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....