

Sygn. akt: KIO 1795/16

WYROK
z dnia 11 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2016 r. przez wykonawcę: **SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Oczyszczania Miasta, Aleje Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum firm: **REMONDIS Sp. z o.o., POLSUPER Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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 Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w zakresie: „Prowadzenie Pogotowia Porządkowego na terenie m.st. Warszawy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu **11 sierpnia 2016 r. pod nr 2016/S 154-278662**.

Wykonawca SITA Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności oceny oferty złożonej przez konsorcjum firm: REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej „Konsorcjum REMONDIS”) oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ww. Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, pomimo niewniesienia wadium, a także wobec zaproszenia Konsorcjum do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo złożenia oferty, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum REMONDIS pomimo niewniesienia wadium;
- b) art. 91b ust. 1 Pzp, poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Konsorcjum REMONDIS pomimo złożenia oferty podlegającej odrzuceniu;
- c) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o zamówienie w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i zaproszenie Konsorcjum do udziału w aukcji elektronicznej pomimo istnienia ustawowych przesłanek odrzucenia ww. oferty i braku podstaw do zaproszenia ww. wykonawcy do udziału w aukcji.

Odwołujący wniósł o:

- odrzucenie oferty Konsorcjum REMONDIS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp;
- unieważnienie czynności zaproszenia Konsorcjum REMONDIS do udziału w aukcji elektronicznej,
- dokonanie oceny ofert po zakończeniu aukcji elektronicznej z wykluczeniem oferty Konsorcjum REMONDIS, z uwagi na okoliczność, iż przedmiotowa oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu, która po przeprowadzeniu aukcji zajmuje drugą pozycję, zaraz po podlegającej odrzuceniu ofercie

Konsorcjum REMONDIS. Uwzględnienie odwołania prowadzi zatem do uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

W postępowaniu złożono 6 ofert. Pismem z dnia 15 września 2016 r. Zamawiający, zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp, zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej i z tą chwilą Odwołujący powziął wiadomość o zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum REMONDIS wbrew przepisom Pzp.

Zgodnie z punktem VIII SIWZ, wykonawcy składający ofertę zobowiązani byli do wniesienia wadium w wysokości 240 000,00 zł. Jedną z dopuszczalnych form wniesienia wadium jest złożenie dokumentu gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej.

Do oferty złożonej przez Konsorcjum dwóch wykonawców (REMONDIS i POLSUPER) wspólnie ubiegających się o zamówienie został załączony dokument Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium Nr 02GG02/0168/0097 wydany przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział Bydgoszcz. Z treści tego dokumentu wynika, iż gwarancja została wystawiona w dniu 7 września 2016 r. na wniosek REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z tytułu wadium w przetargu prowadzonym przez Zamawiającego.

Treść Gwarancji ubezpieczeniowej jest bezsprzeczna, jednoznaczna i nie budzi żadnych wątpliwości. Towarzystwo ubezpieczeń InterRisk udzieliło zabezpieczenia zapłaty wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia na rzecz spółki REMONDIS, zaś wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu jest konsorcjum firm - dwa podmioty działające wspólnie tj. REMONDIS i POLSUPER.

W konsekwencji, oferta Konsorcjum REMONDIS nie została na dzień składania ofert zabezpieczona wadium. Załączony do oferty dokument Gwarancji ubezpieczeniowej nie określa w sposób właściwy wykonawcy, którego działania lub zaniechania mogą stanowić podstawę roszczeń Zamawiającego o wypłatę kwot z Gwarancji ubezpieczeniowej. Dokument ten dotyczy wyłącznie jednego z dwóch podmiotów, które złożyły ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W sytuacji działania lub zaniechania POLSUPER stanowiącego co do zasady podstawę do żądania przez Zamawiającego wypłaty z Gwarancji ubezpieczeniowej, w świetle brzmienia treści Gwarancji ubezpieczeniowej, Zamawiający nie będzie miał podstaw do skorzystania z zabezpieczenia załączonego do oferty.

W żadnym miejscu Gwarancja ubezpieczeniowa nie odnosi się do wykonawcy, członka Konsorcjum - POLSUPER Sp. z o.o. ani nie wskazuje, iż zabezpieczenie jest udzielone dla dwóch podmiotów łącznie, tj. dla REMONDIS i POLSUPER. Treść tego dokumentu nie wskazuje, iż Towarzystwo Ubezpieczeń wydało przedmiotowy dokument dla REMONDIS jako Lidera Konsorcjum. Gwarancja ubezpieczeniowa wskazuje na jednego konkretnego wykonawcę - REMONDIS. Treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez

REMONDIS nie tylko nie wymienia wykonawcy POLSUPER, ale też nie wskazuje, by wnioskodawca Gwarancji ubezpieczeniowej składał ofertę w ramach Konsorcjum.

Rozszerzająca interpretacja treści Gwarancji ubezpieczeniowej polegająca na przyjęciu, iż wskazanie jednego z konsorcjantów w treści przedmiotowego dokumentu zabezpiecza interes Zamawiającego w toku postępowania jest niedopuszczalna, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa ani tym bardziej w istocie i charakterze przedmiotowego dokumentu. Tylko treść dokumentu gwarancji określa zakres zobowiązania gwaranta. Gwarancja to zobowiązanie o charakterze abstrakcyjnym, „oderwane” i niezależne od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Rozszerzająca interpretacja gwarancji, z uwagi na jej formalizm, nie może mieć zastosowania, co zostało już wielokrotnie stwierdzone i podkreślone zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzeczeniach Krajowej izby Odwoławczej (uchwała SN z dnia 16.04.1993 r., sygn. akt: III CZP 16/93, Wyrok SN z dnia 07.01.1999 r., sygn. akt: I CKN 37/96).

Zatem, Gwarancja ubezpieczeniowa wydana na zlecenie REMONDIS, dla zabezpieczenia zapłaty wadium przez REMONDIS nie stanowi zabezpieczenia zapłaty wadium Konsorcjum, które złożyło ofertę. Okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium poprzez wypłatę kwot z Gwarancji ubezpieczeniowej nie obejmują wszystkich zdarzeń, które mogą wystąpić i uzasadniać roszczenie o wypłatę wadium po stronie Zamawiającego. Okoliczności uzasadniające wypłatę kwot na żądanie Zamawiającego są niekompletne gdyż nie obejmują zachowań jednego z konsorcjantów, tj. spółki POLSUPER.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż na etapie składania ofert i wnoszenia wadium w przypadkach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ponoszą za swoje działania i zaniechania solidarnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego. Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynika z art. 141 Pzp, który stanowi, iż jest to odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania (tj. zabezpieczenia udzielanego po wyborze oferty, w formie, wysokości i celu wskazanym w art. 147 - 150 Pzp oraz w SIWZ). Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie składających ofertę powstaje dopiero na późniejszym etapie postępowania, tj. na etapie realizacji zamówienia. (Wyrok KIO z dnia 05.02.2016 r., sygn. akt: KIO 82/16).

Odwołujący wskazał, iż wykonawca REMONDIS na dzień wydania przez Towarzystwo Ubezpieczeń InterRisk, a więc również na dzień złożenia dyspozycji i ustalania warunków Gwarancji ubezpieczeniowej, nie był umocowany do działania w powyższym zakresie, w imieniu i na rzecz POLSUPER. Z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą Konsorcjum wynika, iż Gwarancja ubezpieczeniowa wydana została w dniu 7 września 2016 r., zaś pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum w toku postępowania o udzielenie

zamówienia zostało udzielone REMONDIS z dniem 8 września 2016 r. (strona nr 4 i 5 oferty Konsorcjum). Powyższe okoliczności wskazują, iż Gwarancja ubezpieczeniowa nie stanowi wnieścia wadium przez Konsorcjum i nie zabezpiecza oferty Konsorcjum. "Reasumując przeprowadzone rozważania, skonstatować należy, że objęcie gwarancją bankową tylko jednego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia spowoduje, iż gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców" (Wyrok SO w Warszawie z dnia 10.09.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1041/15).

Konsorcjum REMONDIS zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wykonawca D. A., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że nie miał podstaw do uznania, że wadium nie zostało przez Przystępującego wniesione, ponieważ złożona w ofercie gwarancja ubezpieczeniowa spełnia warunki wynikające z obowiązujących przepisów i SIWZ. Gwarancja zabezpiecza interes Zamawiającego w postępowaniu w związku ze złożoną ofertą. Zamawiający opowiedział się za poglądem, iż wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest konsorcjum jako podmiot zbiorowy, świadczenie takiego wykonawcy jest świadczeniem niepodzielnym, co skutkuje odpowiedzialnością solidarną uczestników konsorcjum. Wskazał również, że gwarancja ubezpieczeniowa ma charakter bezwarunkowy – w przypadku żądania zapłaty kwoty wadium, gwarant nie bada stosunku podstawowego, a jedynie kwestie formalne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wnieścia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Konsorcjum REMONDIS skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki w zakresie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba uznała, że wykonawca D. A., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. nieskutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wykonawca w zgłoszonym przystąpieniu nie przedstawił żadnego uzasadnienia interesu w przystąpieniu, a tym samym nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego, tj. na korzyść strony, do której zgłosił swoje przystąpienie.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum REMONDIS z powodu niewniesienia wadium.

W pkt VIII SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców składających ofertę do wniesienia wadium w wysokości 240 000,00 zł. Zamawiający nie zawarł w SIWZ szczególnych postanowień w odniesieniu do formy lub sposobu wniesienia wadium przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego (konsorcjum). W szczególności Zamawiający nie wprowadził żadnych wymagań wykraczających poza regulacje ustawowe w zakresie dopuszczalnych form wniesienia wadium, w tym gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, nie określił, czy gwarancja ubezpieczeniowa ma być wystawiona na jednego czy też kilku bądź wszystkich członków konsorcjum składającego ofertę. Zamawiający przewidział możliwość wniesienia wadium w formach określonych w ustawie Pzp (art. 45 ust. 6 Pzp).

W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert. Pismem z dnia 15 września 2016 r., stosownie do postanowień ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp, przesłał do wykonawców zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, informując o pozycjach złożonych przez nich ofert oraz o uzyskanej liczbie punktów. Zamawiający nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert.

W ramach Konsorcjum REMONDIS wspólną ofertę złożyło dwóch wykonawców, tj. REMONDIS Sp. z o.o. i POLSUPER Sp. z o.o. ubiegających się wspólnie o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Na mocy umowy konsorcjum z dnia 5 września 2016 r. oraz

pełnomocnictwa z dnia 8 września 2016 r., pełnomocnikiem do reprezentowania Konsorcjum REMONDIS (wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp, został ustanowiony jeden z dwóch członków konsorcjum, tj. wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. Umowa konsorcjum zawarta przez obu członków konsorcjum w dniu 5 września 2016 r. w §2 ust. 1 i w §5 ust. 3 umocowuje i zobowiązuje zarazem firmę REMONDIS Sp. z o.o. do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum. Na podstawie ww. umowy, w dniu 8 września 2016 r. POLSUPER Sp. z o.o. działając wspólnie z REMONDIS Sp. z o.o. udzieliła pełnomocnictwa wykonawcy REMONDIS Sp. z o.o. do reprezentowania Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do zawarcia umowy z Zamawiającym. Z treści pełnomocnictwa wynika również jednoznacznie umocowanie Lidera Konsorcjum do wniesienia wadium.

Konsorcjum REMONDIS załączyło do oferty dokument pn. „Ubezpieczeniowa Gwarancja Zapłaty Wadium Nr 02GG02/0168/0097 wydany przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział Bydgoszcz”.

Z treści ww. Gwarancji ubezpieczeniowej wynika, że została ona wystawiona w dniu 7 września 2016 r. na wniosek spółki REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z tytułu wadium w przetargu „Prowadzenie Pogotowia Porządkowego na terenie m.st. Warszawy” prowadzonym przez Zamawiającego w celu udzielenia zamówienia. Towarzystwo Ubezpieczeń InterRisk udzieliło zabezpieczenia zapłaty wadium dla Zamawiającego, działając na wniosek spółki REMONDIS Sp. z o.o. (zwanego w treści gwarancji również „Zobowiązany”), gwarantując nieodwołalnie i bezwarunkowo, na każde pisemne żądanie, zapłatę kwoty 240 000,00 zł z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W ustalonym stanie faktycznym Izba nie podziela stanowiska, że ww. dokument Gwarancji ubezpieczeniowej nie określa w sposób właściwy wykonawcy, którego działania lub zaniechania mogą stanowić podstawę roszczeń Zamawiającego o wypłatę kwoty z Gwarancji ubezpieczeniowej. Co prawda dokument ten wskazuje jednego z dwóch uczestników Konsorcjum REMONDIS, jednak wykonawcy będący uczestnikami Konsorcjum nie działają w przedmiotowym postępowaniu samodzielnie. Nie budzi wątpliwości fakt, że obaj wykonawcy, tj. REMONDIS Sp. z o.o. i POLSUPER Sp. z o.o. złożyli wspólną ofertę, a zatem stosownie do brzmienia art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy składając jedną wspólną ofertę, wspólnie (łącznie) ponoszą w postępowaniu przed Zamawiającym skutki prawne czynności i zaniechań związanych ze złożeniem tej oferty i wspólnym udziałem w postępowaniu.

W konsekwencji, w sytuacji działania lub zaniechania POLSUPER, stanowiącego co do zasady podstawę do żądania przez Zamawiającego wypłaty kwoty wadium z Gwarancji ubezpieczeniowej, skutki prawne będą również odnosić się wprost do drugiego wykonawcy, tj. REMONDIS Sp. z o.o. i odwrotnie. Zatem nie może być wątpliwości, że w świetle brzmienia treści Gwarancji ubezpieczeniowej, Zamawiający zawsze będzie miał w takim przypadku podstawę do skorzystania z powyższego zabezpieczenia i żądania wypłaty kwoty wadium.

Odwołujący przyznał jednoznacznie w odwołaniu, że gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, „oderwanym” i niezależnym od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Dla wypłaty kwoty wadium nie ma znaczenia stosunek podstawowy łączący zleceniodawcę z beneficjentem, będący przyczyną udzielenia gwarancji. Powyższe nie wynika zatem z dopuszczenia „rozszerzającej interpretacji” treści gwarancji, lecz z abstrakcyjnej natury zobowiązania gwarancyjnego, co wielokrotnie podkreśla się w orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak i Krajowej izby Odwoławczej (*uchwała SN z dnia 16.04.1993 r., sygn. akt: III CZP 16/93, Wyrok SN z dnia 07.01.1999 r., sygn. akt: I CKN 37/96*).

Nie mamy też do czynienia z nieprecyzyjnym określeniem w gwarancji okoliczności, w jakich Zamawiającemu przysługiwać będzie skuteczne żądanie wypłaty kwoty wadium. Okoliczności te zostały jednoznacznie bowiem określone w czterech punktach w treści gwarancji ubezpieczeniowej, ze wskazaniem „Zobowiązanego”, a jednocześnie niezależnie od tego, który z uczestników Konsorcjum faktycznie przyczyni się do powstania danej sytuacji uprawniającej Zamawiającego do zatrzymania wadium.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że interes zamawiającego jest w tym przypadku w pełni zabezpieczony. Tym samym nie jest prawdziwe twierdzenie, że „Okoliczności uzasadniające wypłatę kwot na żądanie Zamawiającego są niekompletne gdyż nie obejmują zachowań jednego z konsorcjantów tj. spółki POLSUPER.”

Nie jest również prawdziwe twierdzenie, że wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. na dzień wydania przez Towarzystwo Ubezpieczeń InterRisk nie był umocowany do działania w powyższym zakresie, w imieniu i na rzecz uczestnika Konsorcjum – spółki POLSUPER. Jak wynika z treści umowy konsorcjum zawartej w dniu 5 września 2016 r. przedłożonej przez Przystępującego na rozprawie, przedmiotowa Gwarancja ubezpieczeniowa wydana została w dniu 7 września 2016 r., tj. po ustanowieniu lidera Konsorcjum REMONDIS, który został umocowany i jednocześnie zobowiązany do wniesienia wadium w przedmiotowym postępowaniu w imieniu obu uczestników Konsorcjum (§2 ust. 1 i §5 ust.3 umowy). Pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum REMONDIS w toku postępowania o udzielenie zamówienia zostało sporządzone w dniu 8 września 2016 r. na podstawie

i w oparciu o postanowienia uprzednio zawartej umowy konsorcjum, jako dokument wymagany na potrzeby postępowania przed Zamawiającym, stosownie do art. 23 ust. 2 Pzp.

W świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wadium uznaje się za wniesione skutecznie wówczas, 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). W świetle art. 23 Pzp, 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.

Zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp, wadium może być wnoszone przez wykonawcę w postaci gwarancji ubezpieczeniowych, co w przypadku ubiegania się o zamówienie przez wykonawców w ramach konsorcjum oznacza, że wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) powinno być wniesione przez konsorcjum złożone z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Konsorcjum nie posiada jednak podmiotowości prawnej, a przez to jest niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji wadialnej, jako konsorcjum. Jednocześnie należy zauważyć, że z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego, w tym przepisów ustawy Pzp, nie wynika wymóg wskazania w treści gwarancji wszystkich członków konsorcjum. Bezspornym jest również, że w badanym postępowaniu specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawiera obowiązku wskazania w treści gwarancji wszystkich członków konsorcjum, jako wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, występuje rozbieżność poglądów, co do skuteczności wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie jednego z uczestników konsorcjum. Izba podziela ten pogląd, zgodnie z którym, gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem, uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz współkonsorcjantów, nawet bez wskazania w treści gwarancji faktu zawarcia konsorcjum oraz bez wskazania pozostałych wykonawców, którzy składają wspólną ofertę, spełnia wymogi ustawowe i stanowi skutecznie wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zabezpieczając interesy zamawiającego.

W ocenie Izby, z treści oferty złożonej przez Konsorcjum REMONDIS i załączonego do niej pełnomocnictwa dla lidera Konsorcjum wynika jednoznacznie, że podmiot, na zlecenie którego gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona, nie jest samodzielnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma tym samym żadnych wątpliwości co do możliwości identyfikacji oferty, która została zabezpieczona gwarancją ubezpieczeniową wystawioną na zlecenie lidera Konsorcjum

REMONDIS. Nie można przy tym pominąć okoliczności, że udzielone liderowi konsorcjum pełnomocnictwo umocowuje ten podmiot do dokonania w postępowaniu wszelkich czynności prawnych ze skutkami bezpośrednio dla reprezentowanego (art. 95 § 1 i 2 k.c.).

Gwarancja ubezpieczeniowa jest dokumentem, którego treść określa kształt zobowiązania umownego, a tym samym zakres uprawnień i obowiązków stron: gwaranta, beneficjenta (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 REMONDIS 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 InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group zapłaty sumy gwarantowanej, gdyż okoliczności te będą wywoływały skutek bezpośrednio po stronie lidera – REMONDIS Sp. z o.o. 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 (łącną) odpowiedzialność za zobowiązania zaciągnięte w związku z uczestnictwem w postępowaniu przetargowym, jako konsorcjum. Prawidłowo umocowany pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, ponosi zatem odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum, które mogą skutkować obowiązkiem zatrzymania wadium. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone m.in. w treści wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. sygn.. akt II Ca 489/06, w wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. akt IV Ca 357/15, a także w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15).

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 bezwarunkowo” wobec beneficjenta, niezależne od 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.

Ponadto, podmiot zlecający wystawienie gwarancji był umocowany na podstawie umowy konsorcjum 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 gwarancji złoży ofertę samodzielnie czy też wspólnie z innymi wykonawcami.

Izba w całości podziela stanowisko przedstawione przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku o sygn. akt XXIII Ga 1313/15, który w podobnym stanie faktycznym wskazał, że *„Niezależnie od powyższego należy zaznaczyć, iż przedmiotowa gwarancja wadium także z tego względu w sposób skuteczny zabezpieczała interesy zamawiającego, albowiem odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się na zasadach solidarności dłużników. Zgodnie z art. 369 k.c., zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W zakresie zabezpieczonego przez wadium obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną ustanawia art. 141 ustawy PZP. Niemniej powyższe nie oznacza, iż w pozostałym zakresie zabezpieczonym przez wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów nie jest solidarna, albo przynajmniej ukształtowana na wzór odpowiedzialności solidarnej. Zdaniem Sądu Okręgowego całkowicie bezpodstawny jest pogląd opierający się na rozumowaniu a contrario, iż w zakresie wykraczającym poza art. 141 ustawy PZP brak jest podstaw do przyjmowania solidarności współkonsorcjantów.”* Sąd stwierdził ponadto, że *„Wreszcie zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP wszelkie obowiązki, których niewykonanie może spowodować powstanie po stronie zamawiającego prawa zatrzymania wadium spoczywają łącznie na wszystkich podmiotach wchodzących w skład konsorcjum, a w szczególności na podstawie art. 70³ § 3zd. 2 k.c. w zw. z art. 70² §3 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP w razie wyboru oferty konsorcjum łącznie obciąża obowiązek zawarcia umowy. Zwłaszcza w tym ostatnim kontekście należy zaznaczyć, iż wybór oferty złożonej przez konsorcjum zobowiązuje zamawiającego do zawarcia umowy ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum łącznie i nie jest dopuszczalnym zawarcie umowy jedynie z niektórymi jego uczestnikami, np. w sytuacji gdyby po wyborze oferty konsorcjum doszło do zerwania umowy konsorcjum przez któregośkolwiek z jego uczestników. W ocenie Sądu Okręgowego w tych okolicznościach i uwarunkowaniach prawnych nie budzi wątpliwości, iż świadczenia obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy mają charakter świadczenia niepodzielnego. W tym natomiast zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. Przyjmując powyższy tok rozumowania również należy stwierdzić, iż odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie*

świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Powyższe zaś również będzie oznaczać, iż każdy z dłużników uznawanych za odpowiadających jak dłużnik solidarny może wykonać zobowiązanie ze skutkiem dla współdłużników. Jeżeli więc jeden z uczestników konsorcjum nie wykonuje świadczenia, może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza przez lidera konsorcjum. Niespełnienie zaś świadczenia przez którekolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna, a więc 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 wadium wniesione przez Konsorcjum REMONDIS w formie Gwarancji ubezpieczeniowej wydanej na wniosek lidera Konsorcjum zabezpiecza ofertę złożoną przez Konsorcjum oraz daje Zamawiającemu gwarancję zaspokojenia przysługujących mu roszczeń. W ocenie Izby nie ma podstaw do kwestionowania skuteczności wniesionej gwarancji wadialnej.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum REMONDIS z powodu niewniesienia wadium. Uznając, że charakter gwarancji wynika wyłącznie z treści dokumentu gwarancyjnego, Izba nie brała pod uwagę treści oświadczenia InterRisk Vienna Insurance Group – TU z dnia 7 października 2016 r., które złożył na rozprawie Przystępujący. Oświadczenie powyższe nie może mieć żadnego znaczenia dla oceny skuteczności wniesienia wadium w niniejszej sprawie, ponieważ ocenie takiej podlegać może jedynie dokument gwarancji wadialnej złożony do upływu terminu składania ofert.

Ze względu na niepotwierdzenie się zarzutu co do niewniesienia wadium, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 91b ust. 1 Pzp, poprzez zaproszenie Konsorcjum REMONDIS do udziału w aukcji elektronicznej. Izba nie stwierdziła w konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 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).

.....

.....

.....