

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka VS
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01 kwietnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k. (pełnomocnik wykonawców), (2) INFRAKOM Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Nowowiejskiego 4, 64-000 Kościan** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Powiat Strzelecko-Drezdenecki, ul. Ks. St. Wyszyńskiego 7, 66-500 Strzelce Krajeńskie**

przy udziale Wykonawcy **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k., (2) INFRAKOM Sp. z o.o. i w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Powiat Strzelecko-Drezdenecki, ul. Ks. St. Wyszyńskiego 7, 66-500 Strzelce Krajeńskie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k. (pełnomocnik

wykonawców), (2) **INFRAKOM Sp. z o.o.**, adres dla pełnomocnika: **ul. Nowowiejskiego 4, 64-000 Kościan** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego Powiat Strzelecko-Drezdenecki, ul. Ks. St. Wyszyńskiego 7, 66-500 Strzelce Krajeńskie** na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) **INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. Sp. k.**, (2) **INFRAKOM Sp. z o.o.** kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Strzelecko – Drezdenecki prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Przebudowa drogi nr 1366F II etap – odcinek Aleja Piastów w Strzelcach Krajeńskich.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie zamówień publicznych 24.02.2016 r. pod numerem 18675 - 2016

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INFRAKOM Kościan Spółka z o.o. Spółka komandytowa, INFRAKOM Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp i w konsekwencji uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 Pzp, oraz wobec dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust 1, 24 ust 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 Ustawy PZP w z w. z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy PZP - poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że oferta złożona przez Odwołującego działającego jako konsorcjum w rozumieniu art. 23 Pzp była zabezpieczona skutecznie wniesionym wadium; art. 91 ust 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty która taką ofertą w rozumieniu przyjętych kryteriów oceny nie jest.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Eurovia Polska S.A., unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania oferty przez niego złożonej za odrzuconą, ponowienie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co winno skutkować uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Zamawiający wymagał w treści SIWZ wniesienia wadium w wysokości 30 000 PLN.

Zgodnie z Pzp Zamawiający w pkt 14.3. SIWZ wskazał, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku formach, w tym w gwarancji ubezpieczeniowej. W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie ubiega się konsorcjum w składzie: Lider: INFRAKOM Kościan Spółka z o.o. Spółka komandytowa oraz Partner INFRAKOM Sp. z o.o.

Zgodnie ze złożonym wraz z ofertą pełnomocnictwem konsorcjalnym, „INFRAKOM Kościan” Spółka z o.o. (Lider Konsorcjum) ustanowiony został pełnomocnikiem, w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, uprawnionym do dokonywania w imieniu Konsorcjum wszelkich czynności

w ww. postępowaniu o udzielenie Zamówienia wobec Zamawiającego oraz innych instytucji i osób trzecich, a także do zawarcia Kontraktu oraz w czynnościach związanych z realizacją Kontraktu przez Konsorcjum, aż do jego ukończenia i wypełnienia wszelkich zobowiązań Partnerów wynikających z Kontraktu i Umowy Konsorcjum wobec Zamawiającego, Konsorcjum, jak i osób trzecich.

Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 1502/Wr/611/2016 wystawiona we Wrocławiu, w dniu 08.03.2016r. przez: TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie wskazuje jako Wykonawcę „INFRAKOM” Sp. z o.o.

Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium została wystawiona w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem na realizację zadania pn. PRZEBUDOWA DROGI NR 1366F 11 ETAP - ODCINEK ALEJA PIASTÓW W STRZELCACH KRAJEŃSKICH. RG.272.4.2016, w którym zgodnie z warunkami przetargu Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium w kwocie 30.000,00 PLN w formie przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej przetargu.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp. W ocenie Zamawiającego w gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego wskazano jako wykonawcę wyłącznie partnera konsorcjum, bez wskazania, że gwarancja dotyczy oferty konsorcjum. Dodatkowo w ocenie Zamawiającego zabrakło jednoznacznego oznaczenia w dokumencie gwarancyjnym podmiotów, których działania wobec Zamawiającego gwarancja ma skutecznie zabezpieczać i którym jedynie łącznie służy miano wykonawcy, który złożył ofertę.

W ocenie Zamawiającego: nie można utożsamiać wyłącznie lidera konsorcjum z wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. W odmiennym przypadku należałoby założyć, iż w treści formularza oferty może być wymieniony jedynie lider, albowiem okoliczność kto składa ofertę wynika z załączonego dokumentu pełnomocnictwa konsorcjalnego.

Zdaniem Zamawiającego 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 żadnych z przypisanych tej instytucji funkcji, gwarancyjnej, zabezpieczającej, czy kompensacyjnej. Liczy się nie tylko sama bezwarunkowość, nieodwołalność gwarancji, płatność na pierwsze żądanie, ale sam fakt czy Zamawiający zgodnie z zaistniałym stanem rzeczywistym byłby w stanie sformułować tak swoje oświadczenie, jak i żądanie zapłaty wadium, aby działać przy tym w ramach

upoważnienia wynikającego z samej treści tejże gwarancji. Dla wywiedzenia prawidłowości gwarancji wadialnej, zamawiający nie może doznawać żadnych przeszkód w jej uruchomieniu, w przypadku zaistnienia zdarzeń po stronie wykonawcy aktualizujących podstawy do wypłaty wadium.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Wskazał, że zgodnie z art. 23 ust 3 ustawy PZP przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a zatem nadmiernym formalizmem jest oczekiwanie, że każdorazowo w dokumencie gwarancyjnym będą wskazani wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie. W przedmiotowym postępowaniu żaden ze wspólnie ubiegających się o zamówienie (odwołujący) nie złożył odrębnej oferty poza ofertą złożoną wspólnie (skutkowałoby to rzecz jasna w trybie art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. art. 82 ust 1 Pzp odrzuceniem wszystkich takich ofert).

W ocenie Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (jednego z konsorcjantów), nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji bankowej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających razem ofertę, spełnia wymogi ustawowe i nie stanowi powodu, dla którego należałoby uznać za nieskuteczne wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł następującą argumentację:

Ustawa PZP nie zawiera definicji wadium. Nie stawia szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W przedmiotowym przypadku SIWZ dopuszczała wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej nie wprowadzała w tym przypadku obowiązku wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej w której wszyscy konsorcjanci byłiby wymienieni jako wykonawcy.

Skoro SIWZ (ani ogłoszenie o zamówieniu) nie wymagała wniesienia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej o określonej treści, to przedmiotowa gwarancja ubezpieczeniowa nie może być uznana za sprzeczną z SIWZ, a wobec tego doszło do skutecznego wniesienia wadium.

Dalej Odwołujący argumentował: „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. Zasadniczym źródłem powyższej solidarności jest art. 370 k.c. Zgodnie z tym przepisem jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Z kolei pojęcie mienia zostało zdefiniowane w art. 44 k.c. przez które rozumie się własność i inne prawa majątkowe.

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. Nie budzi zatem 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 zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 k.c. zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni.

Odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Powyższe zaś oznacza, 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. Niespełnienie zaś świadczenia przez któregokolwiek 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.”

„Instytucja gwarancji ubezpieczeniowej jest uregulowana szczerkowo w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 950 z późn. zm. jako jedna z czynności ubezpieczeniowych.

Przyjmuje się, że gwarancja ubezpieczeniowa analogicznie jak bankowa ma charakter abstrakcyjny, tzn. jest oderwana od umowy łączącej zamawiającego z wykonawcą (stosunku podstawowego), co wskazuje na samodzielny charakter odpowiedzialności gwaranta i konieczności wypłaty w momencie zgłoszenia żądania.

Gwarancja wystawiona na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia ma charakter bezwarunkowy i nieodwoalny.

Gwarant zobowiązuje się nieodwoalnie i bezwarunkowo na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji do zapłacenia na pierwsze pisemne żądanie każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej 30.000,00 PLN (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) stanowiącej kwotę wadium.

Wskazano w niej ponadto, iż wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie zamawiającego po złożeniu pisemnego oświadczenia przez zamawiającego:

Gwarant wypłaci należną kwotę w ciągu 30 dni od daty doręczenia na adres siedziby Gwaranta, pisemnego wezwania do zapłaty, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania Beneficjenta, zawierającego oświadczenie wskazujące okoliczność, spośród wymienionych w pkt. 4 stanowiącą podstawę wezwania do zapłaty. Do pisemnego wezwania należy dołączyć dokumenty poświadczające umocowanie osób, które podpisały wezwanie do zapłaty.

Z treści przepisów ustawy o działalności ubezpieczeniowej (akcesoryjnie przepisów kodeksu cywilnego dot. umowy ubezpieczenia) oraz treści złożonej w postępowaniu gwarancji wynika, że wypłata kwoty wskazanej w gwarancji nie jest uzależniona od podjęcia przez gwaranta czynności sprawdzających, lecz od złożenia oświadczenia przez zamawiającego. Zamawiający nie musi w żaden sposób wykazywać roszczenia.

Charakter gwarancji wadium również skutkuje tym, iż w sposób należyty zabezpiecza ona interesy zamawiającego na wypadek, gdyby zrealizowały się podstawy zatrzymania wadium. Ubezpieczyciel-gwarant nie będzie mógł w szczególności powołać się na fakt, iż winę za niewykonanie obowiązków ponosi inny uczestnik konsorcjum, a nawet nie będzie miał podstawy do badania prawdziwości oświadczenia zamawiającego. Zważywszy na charakter wnoszonego wadium wpłata nastąpi automatycznie po złożeniu oświadczenia o którym mowa w dokumencie gwarancji”.

W przekonaniu Odwołującego wadium wniesione w przedmiotowym postępowaniu było w postaci dopuszczalnej zarówno przez SIWZ, jak również przepisy prawa.

Odwołujący wskazał dodatkowo, na niedopuszczalność stosowania wykładni rozszerzającej wobec przesłanek wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniach. Nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, lecz ma na celu realizacją zasad wynikających z ustawy PZP, a głównym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podstawę rozstrzygnięcia stanowiły poczynione przez Izbę ustalenia faktyczne.

Zamawiający pismem z dnia 29.03.2016 r., wykluczył Odwołującego (konsorcjum) z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, uznając że wadium złożone w postaci gwarancji ubezpieczeniowej TUZ Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych z dnia 08.03.2016.r o numerze 1502/Wr/611/2016, wystawione nie na wszystkich członków konsorcjum (wskazany został jako wykonawca partner konsorcjum), nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, gdyż gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej ponieważ nie obejmuje swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczących wykonawcy (całego konsorcjum), o którym nie miał wiedzy zawierając umowę. Stanowisko swoje uzasadniał w ten sposób, iż zakres oznaczenia podmiotu, za którego działania ubezpieczyciel zobowiązuje się świadczyć na rzecz zamawiającego, winien być tak samo jednoznacznie określony, jak zakres przedmiotowy okoliczności uprawniających zamawiającego do skorzystania z wadium. Zamawiający zwrócił uwagę na potrzebę rozdzielenia kompetencji pełnomocnika konsorcjum i podejmowanych przez niego w imieniu konsorcjum działań od samego oznaczenia podmiotu uczestniczącego w postępowaniu i podania w gwarancji wszystkich firm, które zdecydowały się na wspólne złożenie oferty, którym łącznie przysługuje przymiot „wykonawcy”, podobnie jak ma to miejsce w przypadku wnoszenia odwołania przez konsorcjum. Zamawiający uznał, iż partner konsorcjum (zlecający wystawienie gwarancji) nie działał wobec towarzystwa ubezpieczeniowego we własnym imieniu, jako wykonawca który złożył ofertę, lecz jako konsorcjum z racji złożenia oferty wspólnej. Okoliczność ta, jako istotna została zauważona również w skardze Prezesa UZP wniesionej na wyrok KIO z dnia 01.07.2015 r., o sygn. akt 1251/15, rozpoznanej przez Sąd Okręgowy w Warszawie pod sygn. akt XXIII Ga 1313/15. Zamawiający, w ślad za orzeczeniami Izby uznał, że *objęcie gwarancją 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 wykonawcy (wyrok KIO z 07.01.2015 r., sygn. akt KIO 2694/14; wyrok KIO z 05.02.2016 r., sygn. akt KIO 82/16).

Złożona Zamawiającemu gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na zlecenie INFRACKOM Sp. z o.o. (partner konsorcjum), poza brakiem jednoznacznego oznaczenia podmiotów, których działania wobec zamawiającego ma zabezpieczać, nie budziła dalszych zastrzeżeń, w szczególności w zakresie jej bezwarunkowego i nieodwołalnego charakteru, oznaczenia beneficjenta, postępowania w którym zabezpieczać ma ofertę wykonawcy, sumy gwarancyjnej, okresu ważności, czy też przypadków, w których zamawiający mógłby wystąpić o zapłatę świadczenia.

Treść gwarancji w pkt 1 określa, iż *niniejsza gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium została wystawiona na zlecenie Wykonawcy, składającego ofertę przetargową, zwaną dalej ofertą, w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem na realizację zadania pn. PRZEBUDOWA DROGI NR 1366f II ETAP – ODCINEK ALEJA PIASTÓW W STRZELCACH KRAJEŃSKICH RG.272.4.2016.*

Na podstawie oferty z dnia 16.03.2016 r. ustalono, że wykonawcą składającym ofertę jest konsorcjum w składzie INFRAKOM KOŚCIAN Sp. z o.o. Sp. komandytowa (Lider) oraz INFRAKOM Sp. z o.o. (Partner). Do oferty załączone zostało pełnomocnictwo z 16.03.2016 r., w którym Liderem konsorcjum umocowanym do reprezentowania konsorcjum przed zamawiającym (w tym podpisania oraz złożenia oferty) wskazana została spółka INFRAKOM KOŚCIAN Sp. z o.o. Sp. k. Treść pełnomocnictwa nie odnosiła się wprost do czynności wniesienia wadium, złożonego wraz z ofertą w dniu 16.03.2016 r..

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

Uwzględniając zarzut bezzasadnego wykluczenia konsorcjum z postępowania z uwagi na brak złożenia wadium zabezpieczającego jego ofertę, Izba miała na uwadze treść siwz oraz przepisy ustawy, w tym art. 23 ust. 3, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w siwz wymagał od wykonawców wniesienia wadium w jednej z form przewidzianych w art. 45 ust. 6 ustawy, nie wprowadzając żadnych dodatkowych ograniczeń, czy też wymagań co do sposobu wniesienia wadium przez konsorcjum, w szczególności nie wymagał, aby w treści gwarancji przetargowej wskazani byli wszyscy konsorcjanci. Nie budzi wątpliwości, iż przepisy ustawy nie zawierają odmiennej regulacji co do obowiązku wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w szczególności nie wymagają, aby każdy z nich zabezpieczył ofertę wadium. W świetle

przepisów ustawy, wymagane jest, aby wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, w wysokości wskazanej przez zamawiającego, oraz w jednej z form. W przypadku, gdy zamawiający nie wskaże w siwz szczególnych wytycznych co do sposobu wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, to na etapie oceny ofert nie może powoływać się na nowe podstawy dla uznania, iż wadium nie zabezpiecza oferty w sposób prawidłowy i skuteczny. W takiej sytuacji, dla oceny ważności wadium znaczenie mają wyłącznie postanowienia ustawy, w których nie wymaga się dla zabezpieczenia wspólnej ofert, aby wadium pochodziło od każdego z podmiotów tworzących konsorcjum, co stanowiłoby zaostrenie wymagań wobec tych wykonawców. W tym miejscu przywołać należy fragment z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14.10.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15, o którym wspomina sam Zamawiający, potwierdzający prawidłowości stanowiska Izby w stwierdzeniu, iż przepisy ustawy PZP nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, jednakże pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu zapisy SIWZ.

W świetle powyższego, rozstrzygnięcie Izby sprowadzało się do ustalenia, czy wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, określającej jako wykonawcę tylko jeden z podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, może zabezpieczać skutecznie ofertę wspólną wykonawców tworzących konsorcjum.

Zamawiający poparcia dla swojej decyzji o wykluczeniu konsorcjum z postępowania poszukiwał w stanowisku Prezesa UZP wyrażonym w skardze na wyrok KIO, która faktycznie została uwzględniona przez Sąd, jednak z tym zastrzeżeniem, iż nie wszystkie zarzuty ocenione zostały jako trafne. Przywołane w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego z dnia 14.10.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15 stanowisko Prezesa UZP zawierało negatywną ocenę stanowiska KIO zawartego w skarżonym wyroku bowiem *Prezes UZP uznał za niezasadne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku, w świetle którego gwarancja bankowa, w której treści wskazano wyłącznie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium (...).*

Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w przywołanym wyroku Sądu Okręgowego, iż niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia z tytułu wystawionej gwarancji ubezpieczeniowej. Wprawdzie ocena Sądu wynikała z analizy istoty gwarancji bankowej, to w ocenie Izby wywody Sądu należy w sposób analogiczny odnieść do gwarancji ubezpieczeniowej opatrzonej klauzulą „nieodwoalnie i bezwarunkowo”

oraz „na pierwsze żądanie”, która kreuje abstrakcyjne zobowiązanie wobec beneficjenta, niezależne od stosunków wewnętrznych łączących bank (to ubezpieczyciela) z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Zgodnie w orzecznictwie przyjmuje się, że abstrakcyjny charakter zobowiązania uniemożliwia skuteczne podniesienie zarzutów przeciw wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) ze stosunku podstawowego. Wskazuje to zatem, iż ubezpieczyciel nie może w celu uniknięcia wypłaty na pierwsze żądanie zamawiającego świadczenia pieniężnego podnosić zarzutów dotyczących zasadności żądania zapłaty, a dotyczących ziszczenia się przesłanek do zatrzymania wadium zabezpieczającego ofertę złożonej zamawiającemu w konkretnym postępowaniu.

W ocenie Izby nie jest prawidłowym dokonywanie na podstawie wystawionego dokumentu gwarancji wadialnej ustaleń związanych ze stosunkiem podstawowym, jaki powstaje na skutek złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie czynność złożenia oferty stanowi inną czynność prawną, niezależną od wniesienia wadium, dlatego też ustalenie zakresu zobowiązań, jak i stron czynności prawnej wynikać może wyłącznie z treści oferty złożonej zamawiającemu. Nie budziło wątpliwości, iż gwarancja zabezpiecza ofertę złożoną w postępowaniu opisanym w treści dokumentu zgodnie z oznaczeniem wskazanym przez Zamawiającego. Izba uznała, iż wskazanie w treści gwarancji jako Wykonawcy – INFRAKOM Sp. z o.o., zostało przyjęte wyłącznie w celu identyfikacji zlecającego wystawienie gwarancji (co wynika z pkt 1), a nie wprowadzenia klauzuli wskazującej na ograniczony zakres odpowiedzialności przed zamawiającym z tytułu uchybienia zobowiązaniom wynikającym z warunków przetargu. Gwarant zrzekł się wszystkich praw sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, przyjmując na siebie zobowiązanie do zapłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie zamawiającego. W ocenie Izby istotnym jest, aby wadium prawidłowo wskazywało zamawiającego oraz postępowanie w jakim jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej. Należy zauważyć, iż w treści gwarancji wskazuje się na podstawę wypłaty należnej kwoty na pisemne wezwanie do zapłaty zawierające oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w pkt 4, stanowiącą podstawę wezwania do zapłaty, bez wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń co do przyczyn uchybienia tym zobowiązaniom. W ocenie Izby nie można skutecznie podważyć ustalenia, iż wadium zabezpiecza konkretną ofertę, złożoną zamawiającemu w tym przetargu, sporządzoną wspólnie również przez podmiot wskazany w treści gwarancji. Należy zauważyć, iż gwarancja ubezpieczeniowa, z uwagi na jej abstrakcyjny charakter, może być wystawiona przed sporządzeniem i złożeniem oferty, co pozwala przyjąć, że dla skuteczności zobowiązania gwaranta do spełnienia świadczenia nie ma znaczenia treść oferty i jej zakres.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do przyjęcia, iż gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium wystawiona na zlecenie jednego z podmiotów tworzących konsorcjum nie zabezpiecza w całości roszczeń zamawiającego związanych z naruszeniem obowiązków przez wykonawcę, tu konsorcjum. Izba w całości podziela wywody prezentowane w przywoływanym już wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1313/15, iż *to nie wspólnik (konsorcjant) lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl.)*. Powyższe zaś oznacza, że w razie wezwania pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregokolwiek uczestnika, zwłaszcza lidera konsorcjum oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania przez zamawiającego wadium niezależnie od tego, kto w gwarancji wadialnej został wymieniony jako wykonawca.

Ponadto, Izba nie jest uprawniona do rozstrzygania, czy ewentualna odmowa wypłaty świadczenia pieniężnego z gwarancji, w której nie zostały wymienione jako wykonawca składający ofertę, wszystkie podmioty tworzące konsorcjum, mogłaby prowadzić do uniknięcia wykonania zobowiązania ubezpieczyciela wynikającego z gwarancji.

Izba uznała, iż obojętnym w sprawie jest ustalenie, że gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona przed dniem udzielenia pełnomocnictwa dla Lidera konsorcjum, złożonego wraz z ofertą. Niezależnie bowiem od zakresu umocowania Lidera do występowania i reprezentowania konsorcjum w postępowaniu, gwarancja ubezpieczeniowa nie była wystawiona na wniosek Lidera, co nie stało na przeszkodzie jej złożenia wraz z ofertą.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....