

WYROK

z dnia 22 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **20 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 listopada 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja sortowni odpadów z selektywnej zbiórki przy ul. Komunalnej w Lubawce* (nr postępowania 21/JRP/PZ/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instytut Energii sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Fostech sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, FALUBAZ POLSKA S.A. S.K.A. z siedzibą w Zielonej Górze** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej wspólnie przez Instytut Energii sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, Fostech sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, FALUBAZ POLSKA S.A. S.K.A. z siedzibą w Zielonej Górze z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Przystępującego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Jeleniej Górze**.

Uzasadnienie

Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie negocjacji z ogłoszeniem nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Modernizacja sortowni odpadów z selektywnej zbiórki przy ul. Komunalnej w Lubawce* (nr postępowania 21/JRP/PZ/2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 sierpnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_154 pod poz. 378911.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

28 października 2019 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Instytut Energii sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie {dalej również w skrócie: „Instytut Energii”}, Fostech sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie {dalej również w skrócie: „Fostech”}, FALUBAZ POLSKA S.A. S.K.A. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej również w skrócie „Falubaz”} {łącznie dalej określanych również jako „Konsorcjum”}.

7 listopada 2019 r. Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy {dalej również: „Odwołujący”, „Foleko” lub „ZTOŚ”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania wykluczenia Konsorcjum, względnie od zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 23 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez Instytut Energii, Fostech oraz Falubaz z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, gdyż treść gwarancji ubezpieczeniowej (gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 998-A866278 z 13.09.2019 r.) nie obejmuje wszystkich wyżej wymienionych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia to jest nie obejmuje Fostechu, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń zamawiającego.
2. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia (ewentualnie

do uzupełniania lub wyjaśnień) wykazu robót budowlanych wraz z wymaganymi dowodami, w sytuacji gdy złożony przez nie wykaz nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z pkt 12 ppkt 3 lit. A rozdziału VIII instrukcji dla wykonawców {dalej również: „IDW” lub „i.d.w.”} stanowiącej część I specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia badania i oceny ofert.
3. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Konsorcjum.
4. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

W odwołaniu zrelacjonowano następujące okoliczności odnośnie treści specyfikacji i gwarancji wadialnej złożonej przez Konsorcjum.

Zgodnie z brzmieniem pkt 6 ppkt 1 rozdziału XVI IDW (określającego wymagania dotyczące wadium): *W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji lub poręczeń, powinny być one bezwarunkowe, nieodwołalne i płatne w ciągu 14 dni na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, wykonalne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i winny zawierać nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta/poręczyciela (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib.*

Zgodnie z treścią wskazanej powyżej gwarancji:

- w komparycji określono, że *Zobowiązanym (Oferentem)* jest konsorcjum w składzie: Instytut Energii jako lider konsorcjum oraz Falubaz Polska jako partner konsorcjum. Fostech nie został wskazany w treści gwarancji. ubezpieczeniowej;
- w § 1 Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia wadium przez Zobowiązanego;
- w § 2 ust. 2 uregulowano na bazie art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp przypadki zatrzymania wadium, z tym że posłużono się sformułowaniami „oferta Zobowiązanego została wybrana”

i „Zobowiązany”, zamiast zwrotów odpowiednio „wykonawca, którego oferta została wybrana” i „wykonawca”, którymi posługują się te przepisy.

Odwołujący wywiódł, że brak wskazania w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest wprost sprzeczny z przywołanym powyżej postanowieniem SIWZ (wymagającym podania nazwy wykonawcy), a także z art. 23 ust. 3 pzp, według którego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, i należy to potraktować jako brak wskazania nazwy wykonawcy, gdyż Fostech nie jest „Zobowiązanym (Oferentem)” w rozumieniu gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Konsorcjum. W tym układzie rzeczy Zamawiający nie uzyska od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do Konsorcjum.

Podkreślił, że gwarancja ubezpieczeniowej określa swój zakres podmiotowy precyzyjnie i jednoznacznie, a katalog członków konsorcjum ma charakter enumeratywny i nie podlega rozszerzeniu o inne podmioty niewymienione w treści tego dokumentu. Celem tej gwarancji ubezpieczeniowej jest zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego w związku z ofertą złożoną przez konsorcjum w innym składzie, czyli dotyczy jest innej czynności prawnej podjętej przez inne podmioty. W konsekwencji jest ona bezskuteczna i nie zabezpiecza roszczeń Zamawiającego.

Według Odwołującego, uwzględniając dyrektywy wykładni z art. 65 kc, w tym okoliczności złożenia oświadczenia przez gwaranta, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, nie ma przesłanek pozwalających zasadnie twierdzić, że przez „ofertę Zobowiązanego” należy rozumieć inną ofertę niż złożoną wyłącznie przez wykonawców wprost wymienionych w komparycji gwarancji. Tak sformułowana treść gwarancji jest klarowana i nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały wyłącznie działania lub zaniechania Instytutu Energii i Falubazu wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z 27 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 464/18): *Określenie, czyją ofertę gwarancja ma zabezpieczać, jest jej elementem niezbędnym, który nie może być wyinterpretowany z okoliczności ani potwierdzany późniejszymi oświadczeniami gwaranta. Jest to bowiem element tworzący treść zobowiązania gwaranta i warunkujący skuteczność ewentualnych roszczeń z tytułu wadium.*

Odwołujący stwierdził, że ewentualne argumenty odnoszące się do solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pozostają bez znaczenia dla zobowiązania gwaranta, które ma charakter abstrakcyjny, czyli niezależny od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego leżącego u podstaw

zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji, oraz nieakcesoryjny, czyli samodzielny, którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Stąd nie ma znaczenia, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za działania lub zaniechania stanowiące podstawę zatrzymania wadium przez zamawiającego (art. 45 ust. 4a i ust. 5 pzp). Gwarancje ubezpieczeniowe i bankowe są bowiem źródłem innego, odrębnego, powstałego na linii gwarant-zamawiający zobowiązania, które kreuje jedynie treść dokumentu gwarancyjnego. *Gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa jest czynnością abstrakcyjną, czyli oderwaną od kauzy, tj. przyczyny dokonania danej czynności. Z punktu widzenia gwarancji i gwaranta oraz beneficjenta gwarancji istotna jest więc jej treść, a nie stosunki łączące gwaranta i wykonawcę, wykonawcę i zamawiającego, czy też wewnętrzne stosunki wykonawców (konsorcjantów)* [wyrok Izby z dnia 21 października 2016 r. sygn. akt KIO 1833/16].

Odwołujący wywiódł, że jeżeli gwarant zdecydowałby się przyjąć swoją odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanym sobie konsorcjantów, musiałoby to znaleźć wyraz w treści gwarancji. Przejawem takiego zabiegu mogłoby być wskazanie, że przez zobowiązanego (oferenta) należy rozumieć nie tylko podmioty oznaczone w tym dokumencie, ale i wszystkich innych wykonawców, z którymi podmioty te zdecydowały lub zdecydowały się złożyć ofertę. Tymczasem na próżno szukać w treści powyższej gwarancji ubezpieczeniowej takich zastrzeżeń. Z jej treści ani wprost, ani w sposób dorozumiany nie wynika, aby odpowiedzialność gwaranta została rozszerzona także poza wprost wskazane w niej „przyczyny leżące po stronie Zobowiązanego”.

Odwołujący podkreślił, że ewentualne objęcie gwarancją także działań i zaniechań innych podmiotów niż wskazane w jej komparacji istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta. Z praktyki ubezpieczeniowej wynika, iż zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo weryfikowany i ustalany jeszcze przed akceptacją treści gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Gwarant udziela bowiem gwarancji w celu osiągnięcia zysku, a zatem przede wszystkim na potrzeby realizacji własnego celu gospodarczego. Gwarant sprawdza zatem szczegółowo takie parametry wpływające na wysokość ryzyka, jak doświadczenie wykonawcy, historia w kontekście należytego wykonywania obowiązków w ramach prowadzonej działalności czy kondycja ekonomiczna wykonawcy, na których podstawie decyduje o akceptacji gwarancji i kalkuluje opłacalność dokonywanej czynności. W konsekwencji gwarant w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej precyzyjnie określa, za jakie działania lub zaniechania i którego konkretnie podmiotu bierze odpowiedzialność. A z uwagi na powszechnie stosowany przez ubezpieczycieli formalizm, jakakolwiek interpretacja rozszerzająca jest niedopuszczalna. Oczywiście jest, że przy tym, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie

dwóch członów konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp jest przecież mniejsze niż gdyby jej treść obejmowała więcej podmiotów.

Odwołujący powołał się na to, że przedstawione przez niego stanowisko znajduje potwierdzenie w linii orzeczniczej Izby i sądów powszechnych. Zacytował z wyroku Izby z 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14: *W przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wadium może zostać wniesione przez dowolnego z tych wykonawców. Jednakże jeżeli wadium wnoszone jest w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w treści takiej gwarancji powinna znaleźć się informacja, które podmioty zabezpieczają zapłatę wadium.*

{ad pkt 2. listy zarzutów}

W odwołaniu zrelacjonowano następujące okoliczności odnośnie treści specyfikacji w zakresie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 12 ppkt 3 lit. A rozdziału VIII IDW oraz sposobu wykazania jego spełnienia przez Konsorcjum.

Brzmienie warunku przed zmianą:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli co najmniej:

a) jedno zadanie polegające na: budowie (w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz. U. z 2018 r., poz.1202 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą Prawo budowlane”), robotach budowlanych (w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy „Prawo Budowlane”) lub przebudowie (w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane) sortowni odpadów komunalnych zmieszanych lub surowcowych o następujących, minimalnych wymaganiach:

- *wartości robót co najmniej 16.000.000 zł z podatkiem vat(* 1),*
- *inwestycja dotyczyła co najmniej jednego ze strumieni odpadów o kodzie:*
 - *niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (np. kod odpadu w Unii Europejskiej 200301);*
 - *opakowania z papieru i tektury wraz z opakowaniami z tworzyw sztucznych (np. kody odpadów w Unii Europejskiej 150101 wraz z 150102);*
 - *zmieszane odpady opakowaniowe (np. kod odpadu w Unii Europejskiej 150106);*
- *inwestycja dotyczyła linii o minimalnych wydajnościach dla minimum jednego ze strumieni odpadów:*
 - *niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – 9 Mg/h;*
 - *opakowania z papieru i tektury wraz z opakowaniami z tworzyw sztucznych – 3 Mg/h.*

Za wykonane roboty budowlane Zamawiający uważa roboty, w których obiekt budowlany został ukończony w taki sposób, że stanowi on całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, dla których wystawiono Świadcstwo Przejęcia lub Protokół Odbioru Końcowego lub Pozwolenie na Użytkowanie.

Brzmienie po zmianie z 29 sierpnia 2019 r. (opublikowanej w „Informacji nr 1”):

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli co najmniej:

jedno zadanie polegające na: budowie (w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz. U. z 2018 r., poz.1202 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą Prawo budowlane”), robotach budowlanych (w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy „Prawo Budowlane”) lub przebudowie (w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane) hali sortowni odpadów komunalnych zmieszanych lub surowcowych o następujących, minimalnych wymaganiach:

- *powierzchni zabudowy: co najmniej 1100 m²,*
- *inwestycja przeznaczona była na co najmniej jednego ze strumieni odpadów o kodzie:*
 - *niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (np. kod odpadu w Unii Europejskiej 200301);*
 - *opakowania z papieru i tektury wraz z opakowaniami z tworzyw sztucznych (np. kody odpadów w Unii Europejskiej 150101 wraz z 150102);*
 - *zmieszane odpady opakowaniowe (np. kod odpadu w Unii Europejskiej 150106);*
- *inwestycja przeznaczona była dla linii o minimalnych wydajnościach dla minimum jednego ze strumieni odpadów:*
 - *niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – 30000 Mg/rok;*
 - *opakowania z papieru i tektury wraz z opakowaniami z tworzyw sztucznych – 7000 Mg/rok.*

Za wykonane roboty budowlane Zamawiający uważa roboty, w których obiekt budowlany został ukończony w taki sposób, że stanowi on całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, dla których wystawiono Świadcstwo Przejęcia lub Protokół Odbioru Końcowego lub Pozwolenie na Użytkowanie.

Odwołujący dodał, że Zamawiający zdecydował się na wyłączenie z warunku doświadczenia dostawy i usług instalowania linii sortowni po tym, jak jeden z wykonawców wprost zwrócił się o wyjaśnienie w trybie art. 38 ust. 1 pzp, czy w przypadku wspólnego ubieganie się o udzielenie zamówienia Zamawiający dopuści tzw. sumowanie doświadczenia, to jest doświadczenia w ramach wykonania budynku z doświadczeniem w ramach dostawy technologii.

Odwołujący wywiódł, że dodając zwrot „hala” przed wyrażeniem „sortownia odpadów komunalnych zmieszanych lub surowcowych”, Zamawiający określił i doprecyzował, że wykonawcy powinni się wykazać doświadczeniem w budowie, robotach budowlanych lub przebudowie budynku będącego halą sortowni odpadów komunalnych zmieszanych lub surowcowych, wyłączając z wymaganego doświadczenia samą dostawę i usługi instalowania linii sortowni odpadów (dostawę technologii). Świadczy o tym również wskazanie w miejsce wartości inwestycji – powierzchni zabudowy, a w miejsce wymagania, aby inwestycja dotyczyła linii – inwestycji przeznaczonej dla linii sortowni odpadów.

W ten sposób według Odwołującego Zamawiający wyeliminował istniejące wcześniej wątpliwości, czy wykonawcy robót budowlanych powinni się wykazać doświadczeniem w budowie, robotach budowlanych lub przebudowie hali (budynek) wraz z dostawą linii technologicznej. Według Odwołującego zmiana uwzględnia realia rynkowe, w których wyspecjalizowane podmioty w branży budowlanej nie są jednocześnie samodzielnymi dostawcami technologii i korzystają w tym zakresie z usług innych podmiotów. A zarazem miała na celu wzrost konkurencyjności zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że choć pojęcie „hali” nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego, zgodnie z definicją przyjętą w „Słowniku języka polskiego” przez „halę” należy rozumieć duże, przestronne pomieszczenie lub budynek. Z takim rozumieniem pojęcia „hali” koresponduje pojęcie „budynek” zdefiniowane w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, jako taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.

Odwołujący zrelacjonował, że na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum złożyło wykaz robót budowlanych z 15 października 2019 r. (załącznik nr 7 do IDW) oraz protokół końcowego odbioru robót z 15 stycznia 2019 r. r. dotyczący inwestycji pn. „Rozbudowa Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Lubaniu o infrastrukturę podstawową do przyjmowania i sortowania odpadów komunalnych oraz o niezbędną infrastrukturę towarzyszącą na potrzeby obsługi wybudowanych instalacji zagospodarowania odpadów – etap I”.

Odwołujący podniósł, w ramach powyższego przedsięwzięcia to on był wykonawcą hali sortowniczej, a Falubaz zajmował się jedynie dostawą i montażem linii sortowniczej, co wynika m.in. z treści wspomnianego powyżej protokołu końcowego odbioru robót. W załączniku nr 1 podano, że Foleko wykonało kompletną halę sortowni wraz sieciami, przyłączeniami i instalacjami (lp. 2 , 3, 5, 6). A w załączniku nr 2, że Falubaz był dostawcą technologii i świadczył usługi jej instalacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 18 listopada 2019 r. oświadczył, że uwzględni w całości obydwa zarzuty odwołania.

Ponadto w piśmie z 19 listopada 2019 r. dodał, że określając, a następnie doprecyzowując warunek udziału w postępowaniu, kierował się przede wszystkim przesłanką nieograniczenia konkurencji. Tym niemniej dla jego spełnienia niezbędne było wykonanie robót budowlanych związanych z wnoszeniem obiektu budowlanego, w tym przypadku hali, którego wielkość określają pozostałe parametry podane w treści tego warunku.

Na posiedzeniu Konsorcjum zgłosiło sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego.

Jednocześnie w złożonym piśmie z 19 listopada 2019 r. Przystępujący w szczególności następująco odniósł się do zarzutów odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Według Przystępującego z przywołanych w odwołaniu postanowień SIWZ nie wynika, że Zamawiający określił jakiegokolwiek specyficzne wymagania odnośnie wnoszenia wadium przez konsorcjum, w tym konieczność identyfikacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w treści gwarancji wadialnej, natomiast określa jedynie wymóg identyfikacji zleceniodawcy wystawienia gwarancji, przy czym nie muszą to być wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Przystępujący podniósł, że nieuwzględnienie w komparcji złożonej przez Konsorcjum gwarancji jednego z konsorcjantów nie powoduje, że złożona przez nie oferta, jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 pzp, nie jest właściwie zabezpieczona wadium.

Przystępujący powołał się na to, że w oświadczeniu z 19 listopada 2019 r. adresowanego do Zamawiającego jako beneficjenta gwarancji, gwarant poinformował, że zabezpiecza ona wszystkie przypadki związane z zabezpieczeniem wadium, zgodnie z jej

treścią, w przypadku ich wystąpienia wobec któregokolwiek z członków Konsorcjum, czyli Instytutu Energii, Fabulazu czy Fostechu.

Przystępujący stwierdził, że zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17 dotyczącego skuteczności gwarancji wadialnej bankowej wystawionej na zlecenie i zabezpieczającej, jak wynika z jej treści tylko ofertę składaną przez jednego z konsorcjantów.

Przystępujący podał, że Sąd Najwyższy wskazał następujące argumenty:

Gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków – ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych – nie ma żadnej wartości dla zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 kc, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie.

W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 pzp) – czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Stąd wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne.

Ewentualne skutki nie poinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

Przystępujący powołał się na to, że w ślad za powyższym orzeczeniem Sądu

Najwyższego poszło orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej {i zacytował fragmenty uzasadnień wyroków wydanych: 26 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 251/18), 1 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 171/18), 16 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1274/18), 21 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1528/18), 22 sierpnia 2018 r. (sygn. akt 1332/18), w których dodatkowo powołano się na kolejne orzeczenia}. Zwrócił także uwagę, że znalazło to również potwierdzenie w „Informacji o działalność Krajowej Izby Odwoławczej w roku 2018 r.” {której fragment również zacytował}.

W podsumowaniu Przystępujący stwierdził, że w jego ocenie gwarancja wadialna złożona wraz z ofertą jest prawidłowa, gdyż:

1. Art. 23 ust. 3 pzp wskazuje na obowiązek stosowania przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czyli konsorcjum traktowane jest jako jeden wykonawca. Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą także i w takim samym stopniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
2. Wraz ze złożeniem wspólnej oferty przez konsorcjum z mocy art. 141 pzp oraz art. 370 kc w zw. z art. 366 kc w zw. z art. 14 pzp powstaje solidarna odpowiedzialność jego członków. Przedmiot obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium stanowią świadczenia niepodzielne, a wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie składają jedną ofertę na jedno zamówienie. Częściowe wykonanie wszystkich obowiązków składających się na przedmiot zamówienia nie ma żadnej wartości dla zamawiającego, ponieważ uniemożliwia wybór oferty lub zawarcie umowy.
3. Gwarancja wadialna ma bezwarunkowy charakter i jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, w ramach którego gwarant bezwarunkowo zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych w treści gwarancji. Zobowiązaniem z gwarancji nie jest wykonawca zlecający wystawienie gwarancji. Po wystawieniu gwarancji zleceniodawca nie ma żadnych podmiotowych uprawnień do wpływania na treść czy realizację zobowiązań gwarancyjnych gwaranta.
4. Nie jest konieczne wymienienie w gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, gdyż ważny jest cel wadium, jakim jest zabezpieczenie interesu zamawiającego, który samodzielnie ustala warunki wypłaty wadium w SIWZ, a obowiązująca w tym postępowaniu SIWZ w tym zakresie żadnych szczególnych postanowień nie przewiduje.
5. Przepisy pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie wadium było wnoszone w szczególny sposób.

6. Świadczenia obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy, mają charakter świadczenia niepodzielnego i w tym zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 kc.
7. Abstrakcyjny i samoistny charakter gwarancji powoduje, że gwarant nie może przedstawiać wierzycielowi (zamawiającemu) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku gwarancyjnym gwarant nie jest upoważniony do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji.
8. Niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a i 5 pzp, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty beneficjentowi kwoty zabezpieczenia.
9. Wszystkie działania i zaniechania jednego spośród wykonawców tworzących konsorcjum wywierają skutki prawne względem wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń.
10. Jeden z wykonawców lub część wykonawców tworzących konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa lub umowy konsorcjum może być upoważniona przez pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wniesienia wadium w ich imieniu. W takim przypadku wniesienie wadium w formie gwarancji, wskazującej wyłącznie umocowanego lub wskazanych umocowanych, jest skuteczne wobec wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Przystępujący powołał się również okoliczność, że umowa Konsorcjum pomiędzy wszystkimi trzema wykonawcami – w celu wspólnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie i wspólnej jego realizacji – została zawarta 9 września 2019 r., czyli przed zleceniem i wystawieniem gwarancji wadialnej. Przy czym zgodnie z § 3 ust. 3 tej umowy wniesienie wadium należało do obowiązków „Lidera” (czyli Instytutu Energii) i „Partnera 1” (czyli Falubazu), a koszty uzyskania przez nich wadium wszyscy uczestnicy Konsorcjum ponoszą proporcjonalnie do zakresu prac.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Przystępujący podał, że zamówienie wskazane w złożonym przez Konsorcjum wykazie dotyczyło świadczenia kompleksowego, którego przedmiotem była rozbudowa obiektów centrum utylizacji odpadów wraz z zakupem linii technologicznej. Zakres rzeczowy zamówienia polegał na wykonaniu w ramach jednej inwestycji hali wraz dostawą i montażem stanowiącej jej wyposażenie linii sortowniczej

Według Przystępującego uznać należy, że świadczenia konsorcjantów były

komplementarne i ściśle ze sobą powiązane, gdyż ani sama hala nie była celem samym w sobie tamtego zamówienia, ani też linia technologiczna. Innymi słowy, gdyby nie wymóg wykonania linii technologicznej, konstrukcja hali nie miałaby żadnego uzasadnienia technologicznego, gdyż jej parametry i cel byłyby zdeterminowane właśnie linią technologiczną, nie zaś na odwrót.

Przystępujący dodał, że Falubaz aktywnie uczestniczył w zarządzaniu całym kontraktem i w wykonaniu całkowitego zakresu rzeczowego zamówienia. Podkreślił, że wartość prac zrealizowanych przez Falubaz przekraczała udział wartościowy Foleko. W ocenie Przystępującego udział Falubazu miał charakter rzeczywisty i kluczowy dla zrealizowania zamówienia w Lubaniu.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący próbuje sztucznie i mechanicznie wydzielić zakres rzeczowy, za który odpowiadali poszczególni konsorcjanci.

Według Przystępującego zarzut odwołania opiera się na nadinterpretacji wyroku TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt (choć nie został on wprost przywołany), przyjmując w sposób nieuprawniony, że członek konsorcjum może powoływać się tylko i wyłącznie na taki zakres rzeczowy, jaki sam wykonał w ramach konsorcjum. Tymczasem w uzasadnieniu tego wyroku wskazano, że gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Przystępujący podkreślił, że orzecznictwo Izby odnośnie posługiwania się doświadczeniem konsorcjum uległo istotnej ewolucji i aktualnie przy ocenie dopuszczalności powołania się przez konsorcjantów na wspólnie uzyskane doświadczenie badaniu podlegają m.in. kwestie faktycznego wzięcia udziału w zarządzaniu kontraktem {i odnośnie tej ostatniej kwestii zacytował jako przykładowe fragmenty uzasadnień wyroków z: 18 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1854/17), 2 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17), 4 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2413/17)}. Przystępujący zwrócił uwagę, że w okolicznościach drugiej z ww. spraw – pomimo że faktyczny udział wykonawcy w robotach budowlanych zrealizowanych przez konsorcjum był marginalny wartościowo (0,54%) – uznano, że z uwagi na faktyczny udział w zarządzaniu kontraktem i sprawami konsorcjum miał on prawo powoływać się na pełne doświadczenie całego konsorcjum.

Przystępujący zacytował też następujący fragment uzasadnienia wyroku Izby z 19 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 588/19): *Natomiast przełożenie owego poglądu ogólnego na daną sytuację faktyczną wymaga już indywidualnej oceny zarówno elementów danego warunku udziału w postępowaniu, jak i konkretnych działań wykonawców podejmowanych*

przy konkretnej realizacji. W skrócie można to ująć w następujący sposób: dany wykonawca (konsorcjant – czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części – w zależności od brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, a także w miarę kompleksowe, tj. dotyczyły jak najpełniejszej części tej realizacji.

W tym kontekście podkreślił również fragmenty uzasadnienia wyroku Izby z 21 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2506/18), w którym Izba ustaliła i zważyła, co następuje: *Na podstawie tych wiadomości zamawiający mógł ustalić, że cyt. „realizowane przez PBG [wykonawcę P – przyp. Izby] prace stanowiły o istotnym zakresie ich udziału w realizacji całego przedsięwzięcia. Do zadań tego wykonawcy należała bowiem nie tylko dostawa agregatów, ale i dostawa innego osprzętu, montaż, uruchomienie, pomiary gwarancyjne, szkolenia, udział w odbiorach, dokumentacja powykonawcza w określonym zakresie”. Ponadto zakres zamówienia wykonany przez wykonawcę P wynosił ponad 50% całości projektu. Dodatkowo zamawiający podkreślił i Izba także wyraża ten sam pogląd, że roboty ówczesnych konsorcjantów przy tłoczni J II zająłoby się i przenikały i wobec tego nie powinny być traktowane jako rozłączne, a szczególnie dotyczące tylko marginalnych części inwestycji tłoczni J II.*

Według Przystępującego próba zawężającego odczytywania orzeczenia w sprawie Esaprojekt prowadziłyby w konsekwencji do uznawania że, w przypadku wspólnej realizacji zamówienia praktycznie żaden z wykonawców nie nabywa doświadczenia, gdyż uzyskuje je wyłącznie we fragmencie kontraktu wykonanym osobiście. Idąc dalej można byłoby uznawać, że także w przypadku, gdy wykonawca korzystał z podwykonawców, takiego doświadczenia nie posiada, gdyż osobiście całości świadczeń nie realizował. W takim wypadku należałoby uznać, że również Odwołujący nie posiada wymaganego w tym postępowaniu doświadczenia, gdyż większość prac związanych z budową hali wykonali podwykonawcy.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący prezentuje zawężające rozumienie warunku udziału w postępowaniu, sprowadzając go do robót budowlanych dotyczących samej hali sortowni. W ocenie Przystępującego warunek dotyczy budowy/robót/przebudowy hali sortowni, co oznacza, że dotyczy zarówno budynku (hali) *sensu stricte*, jak i sortowni rozumianej jako linia technologiczna i jej wyposażenie. Określenia, jakimi posługuje się Zamawiający (wskazując na „zadanie” obejmujące przebudowę hali sortowni czy „inwestycję”) mają znaczenie szersze, nieograniczające się do samego budynku hali. Ponadto wskazówką interpretacyjną co do sposobu rozumienia warunku udziału jest

wskazanie w jego treści rozumienia wykonanych robót, które wprost wskazuje, że pod pojęciem robót dotyczących hali sortowni Zamawiający rozumie świadczenie kompleksowe dotyczące zarówno samej hali, jak i instalacji urządzeń linii technologicznej sortowni.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania, na skutek wniesionego sprzeciwu sprawa – stosownie do art. 186 ust. 4 pzp – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego do postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia Przystępującego, względnie zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W rozdziale VI s.i.w.z. określającym wymagania dotyczące wadium Zamawiający zastrzegł (w pkt 6), że w przypadku wadium w formie gwarancji winna ona zawierać, po pierwsze: *nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji*

(Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib.

Z kolei jako piąty wymagany element treści gwarancji wskazano zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji w ciągu 14 dni na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż:

- a) Wykonawca w odpowiedzi na żądanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej, lub
- b) Wykonawca, którego ofertę wybrano:
 - odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z rozdziału IX pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” i.d.w. wynika w szczególności, że:

- wraz z ofertą wykonawca składa aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formie jednolitego dokumentu (JEDZ), sporządzone zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE {dalej również: „jednolity dokument”, „JEDZ” lub „formularz JEDZ”}, przy czym w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców oświadczenie na formularzu JEDZ składa każdy z nich, a oświadczenie to ma potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w jakim każdy z tych wykonawców powyższe wykazuje – każdy podmiot składa odrębny formularz podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym i każdy JEDZ należy złożyć w postaci osobnego pliku {patrz pkt 1 ppkt 1};
- poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów składanych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia (takich jak: informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 pzp; zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków,

wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 pzp) wykonawcy dokonuje ten wykonawca spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którego dany dokument dotyczy {patrz pkt 22 w zw. z pkt 9}

Reasumując, z postanowień instrukcji dla wykonawców wynika, że Zamawiający nie tyle wymagał wskazania w treści gwarancji wykonawcy, na którego zlecenie została ona wystawiona, ale konkretnego „Wykonawcy”, którego ofertę ta gwarancja zabezpiecza, co oznacza, że w przypadku skorzystania z przewidzianej w art. 23 pzp możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie tego zamówienia, należało wskazać wszystkich wykonawców.

Ponadto w instrukcji dla wykonawców określono kategorie oświadczeń lub dokumentów, których prawidłowe złożenie zależy od woli danego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, gdyż musi on złożyć JEDZ oraz dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do jego wykluczenia (ewentualnie poświadczyć ich zgodność z oryginałem).

Unią Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi jako „Gwarant” w wystawionej 13 września 2019 r. w związku z ogłoszonym przez Zamawiającego jako „Beneficjenta (Organizatora Przetargu)” przetargiem (którego nazwę oraz oznaczenie dokładnie podano) w „Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium” nr 998-A866278 15/0024 (złożonej przez Konsorcjum tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium)

- jako „Zobowiązanego (Oferenta)” określiło konsorcjum w składzie Instytut Energii sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie („Lider Konsorcjum”), Falubaz Polska S.A. S.K.A. z siedzibą w Zielonej Górze („Partner Konsorcjum”);

- zobowiązało się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Beneficjenta, w razie wystąpienia jednej z sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp, tj. gdy:

1) oferta Zobowiązanego została wybrana, ale:

a) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego,

2) Zobowiązany w odpowiedzi na żądanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie treści powyższej gwarancji ani nawet oświadczenia z 19 listopada 2019 r. {a więc wydanego już na potrzeby tej sprawy odwoławczej} nie sposób stwierdzić, że Gwarant znał treść „Umowy Konsorcjum nr 1/09/2019” zawartej 9 września 2019 r., w szczególności wiedział, że Instytut Energii jako „Lider” oraz Falubaz jako „Partner 1” są obowiązani i uprawnieni do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum {§ 3 ust. 3 tej umowy}, a tym samym zlecając wystawienie gwarancji działają również w imieniu i na rzecz Fostechu jako „Partnera 2”. Jednocześnie oczywiste jest, że powyższe postanowienie umowne nie stało na przeszkodzie, a kolejność zdarzeń wręcz sprzyjała temu, aby wskazać w komparycji gwarancji jako „Zobowiązanego (Oferenta)” konsorcjum w pełnym składzie.

Reasumując, z powyższego dokumentu wynika jednoznacznie, że gwarancja została wystawiona w związku ze złożeniem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty przez konsorcjum składające się z dwóch wymienionych jego treści spółek. Jednocześnie Przystępujący nie wykazał, aby okoliczności towarzyszące wystawieniu gwarancji pozwalały na interpretację, że przez „Zobowiązanego (Oferenta)” należy rozumieć konsorcjum, w którego skład wchodzi nie tylko Instytut Energii i Falubaz, ale i Fostech, czyli Konsorcjum, które faktycznie złożyło ofertę w tym postępowaniu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzut odwołania jest zasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, który nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Z kolei według art. 45 ust. 3 pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Ponadto art. 46 ust. 4a pzp stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, 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 pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Dodatkowo według art. 46 ust. 5 pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W świetle powyższych przepisów za brak wadium wypełniający ww. przesłankę wykluczenia uznać należy nie tylko fakt niewniesienia wadium w ogóle, ale także wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy – wadium, które w świetle zidentyfikowanych okoliczności faktycznych lub prawnych nie będzie mogło posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego np. na skutek wad stanowiącej wadium gwarancji ubezpieczeniowej, a w konsekwencji nieskuteczności gwarancji.

W realiach niniejszej sprawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która jest jedną form wniesienia wadium dopuszczoną przepisami ustawy (art. 45 ust. 6 pkt 4 pzp). Gwarancja ubezpieczeniowa, mimo jej powszechnego stosowania w obrocie, nie doczekała się jednak szczegółowego uregulowania w prawie polskim, w szczególności nie ma przepisów, które obligowałyby do złożenia gwarancji ubezpieczeniowej o określonej treści. Dlatego też strony w drodze umownej mogą kształtować zobowiązania wynikające z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta. Jednakże skoro wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum zdecydowali się na wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, musiała ona spełnić podstawy cel wadium, jakim jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego i właśnie ten aspekt wyznacza skuteczność gwarancji wadium.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17 wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe

i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 pzp. Już tylko z tej przyczyny stanowisko Przystępującego odnośnie tego, że zabezpieczenie interesów zamawiającego wyłącznie w kontekście działań lidera Konsorcjum (lub wskazanego w treści gwarancji partnera Konsorcjum) i tych zależnych od niego jest wystarczające dla spełnienia przesłanki skuteczności gwarancji wadialnej, nie znajduje swojego uzasadnienia. Tym bardziej, że s.i.w.z. (a konkretnie i.d.w. we wskazanych powyżej postanowieniach) przewidywała kategorie oświadczeń lub dokumentów dotyczących drugiego z partnerów Konsorcjum (Fostech), które musiałyby być podpisane lub złożone (lub poświadczane za zgodność z oryginałem) także przez ten podmiot i nie mogło zostać to konwalidowane samodzielnie przez Instytut Energii jako lidera Konsorcjum. To z kolei mogło doprowadzić do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 pzp. Tym samym zabezpieczenie wyłącznie przed konsekwencjami działań lub zaniechań lidera i jednego spośród partnerów Konsorcjum nie mogło w pełni realizować interesów Zamawiającego.

Przechodząc do dalszych rozważań, przypomnieć należy, że o przesłankach realizacji gwarancji decyduje – jak to Sąd Najwyższy wyjaśnił i podkreślał – treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta, czy jak w tym przypadku „Zobowiązane”) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji nie wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia sformułowanego jako „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 pzp).

Zgodnie ze wskazówkami Sądu Najwyższego w powyżej wskazanym orzeczeniu rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 kc (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) – czy wyżej wskazane określenie obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawcy w niej wymienieni również ponoszą za to zaniechanie odpowiedzialność. Innymi słowy, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”.

Po dokonaniu analizy zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego skład orzekający Izby uznał, że dokument złożony przez Konsorcjum nie czynił zadość obowiązkowi skutecznego wniesienia wadium, gdyż nie spełniał opisanych wyżej wymogów.

Dostrzeżenia wymagało w pierwszej kolejności, że konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp nie może budzić wątpliwości. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, że wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Jak wskazuje się w orzecznictwie, treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13). Ponadto ustawa pzp w 45 ust. 6 określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Powyższe dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej. Z treści gwarancji musiała zatem wynikać konieczność wypłaty przez ubezpieczyciela kwot wymienionych w gwarancji w sytuacjach, które zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy pzp uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium.

W opisanych powyżej realiach tej sprawy, ponieważ ofertę w postępowaniu złożyło trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 pzp), możliwość zaspokojenia interesów Zamawiającego, tj. uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musiało obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania „Wykonawcy” (według terminologii gwarancji „Zobowiązanego”) rozumianego w tym przypadku jako trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie w treści gwarancji ubezpieczeniowej wyraźnie lub choćby w wystarczającym stopniu zrównane musiały zostać pojęcia „z przyczyn leżących po stronie *Zobowiązanego*” oraz „z przyczyn, za które *Zobowiązany* odpowiada”.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się jednak do kwestii solidarności zobowiązania współkonsorcjantów względem zamawiającego, przyjmując za Sądem Najwyższym, że zobowiązanie to ma taki właśnie, tj. solidarny charakter. Według Przystępującego powodować to miało automatyzm w przyjęciu, że skoro podmioty odpowiadają za wykonanie bądź niewykonanie zobowiązania solidarnie, a odpowiedzialność zleceniodawców (lidera i pierwszego partnera konsorcjum) ujawnionych w treści gwarancji względem Zamawiającego nieodłącznie wiąże się także z odpowiedzialnością za działania trzeciego członka (drugiego partnera) Konsorcjum, winno mieć to odzwierciedlenie w ocenie skuteczności udzielonej przez gwaranta gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Zdaniem składu orzekającego Izby solidarność Współkonsorcjantów względem Zamawiającego nie miała zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Natomiast takie znaczenie ma wyłącznie okoliczność, którą potwierdził także i Sąd Najwyższy w przywołanym powyżej orzeczeniu, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Charakter, istnienie, zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r, póź. 1376 ze zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi natomiast o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Uprawnia to tym samym stwierdzenie, iż ani sposób ukształtowania, ani treść stosunku prawnego podstawowego (zamawiający - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta. Odpowiedzialność ta jest bowiem wyznaczona samą treścią gwarancji. Z pewnością zaś rozważania dotyczące gwarancji bankowej należy odnieść także i do gwarancji ubezpieczeniowej, mając na względzie zarówno podobieństwo jak i charakter oraz cel obu dokumentów.

Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 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 beneficjanta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy

do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji.

Zatem nawet jeśli – jak w niniejszej sprawie – członkowie Konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec Zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawców zlecających udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę (zlecającego, według terminologii analizowanej gwarancji „Zobowiązanego”) należy rozumieć nie tylko podmioty oznaczone w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecydują lub zdecydowały się one złożyć ofertę. Tymczasem na próżno szukać w treści powyżej wskazanej gwarancji ubezpieczeniowej takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecających również w imieniu innego podmiotu. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie „Zobowiązanego”, i leżące po „jego” stronie (nie „podmiotów powiązanych” czy „innych współwykonawców”), jako podmiotu w sposób pełny i kompletny zdefiniowanego już w komparycji gwarancji ubezpieczeniowej. Nie zaznaczono w tym miejscu by działał bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań takich podmiotów definicją „przyczyn leżących po stronie *Zobowiązanego*”. Przeciwnie, z jej treści – ani wprost, ani w sposób domniemany – nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza wprost wskazane w niej „przyczyny leżące po stronie *Zobowiązanego*”. Wyłącznie zatem od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie, że obejmowała także przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie „jest odpowiedzialny”.

Podkreślić należy, że ewentualne przyjęcie o objęciu gwarancją także i „przyczyn, za które *Zobowiązany* odpowiada” istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta. A wziąć pod rozwagę należy, iż z praktyki ubezpieczeniowej wynika, iż zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Gwarant udziela bowiem gwarancji w celu osiągnięcia zysku a zatem przede wszystkim realizacji własnego celu gospodarczego. Weryfikuje zatem szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy, na podstawie czego decyduje o akceptacji gwarancji i kalkuluje opłacalność dokonywanej z nim czynności. Stąd zdaniem składu orzekającego Izby gwarant w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej precyzyjnie określa, za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu

bierze odpowiedzialność.

W konsekwencji uznać należy, iż w treści tejże gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny – zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy – zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie na niektórych członków Konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów. Biorąc powyższe pod uwagę, aby uznać złożenie gwarancji ubezpieczeniowej za skuteczne, z przedłożonego przez Konsorcjum dokumentu gwarancji powinien w jakikolwiek sposób wynikać obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją, jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp dotyczyć będą „Wykonawcy” rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę, bądź, że dotyczy warunków aktualizujących odpowiedzialność gwaranta rozumianych szerzej aniżeli „leżących po stronie wykonawcy”.

Tymczasem z treści przedłożonej przez Konsorcjum gwarancji ubezpieczeniowej okoliczności takie w żaden sposób nie wynikają i nie sposób ich na żadnej podstawie domniemywać czy uzyskać w drodze wykładni gwarancji. Okoliczności, jakie należy brać pod uwagę przy dokonywaniu wykładni umowy (co stosować należy i do gwarancji) to przede wszystkim: zgodny zamiar stron i cel umowy, literalne brzmienie spornego postanowienia oraz całej umowy, kontekst słowny, w jakim postanowienie to zostało użyte w umowie, a nadto szeroko rozumiany kontekst sytuacyjny towarzyszący zawarciu danej umowy, przykładowo: czynności dokonywane przez strony przed zawarciem umowy, a związane już z jej zawarciem, czas, miejsce, przedmiot umowy, doświadczenie jej stron w obrocie, sytuacja osobista stron, itp. (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 14 września 2017 r. sygn. akt I ACa 309/17, LEX nr 2402400). A jak już wyżej nadmieniono – za przyjęciem, że gwarant swoją wolą obejmował nie tylko odpowiedzialność za wskazany w jej treści jako zleceniodawca podmiot, ale także inne, współdziałające z nim podmioty, a także inne przesłanki aktualizujące jego odpowiedzialność niż wprost określone „przyczyny leżące po stronie Zobowiązanego” nie przemawiają ani literalne brzmienie gwarancji, ani ustalone zwyczaje, ani praktyka ubezpieczeniowa, ani żadna inna okoliczność. A z uwagi na powszechnie stosowany przez ubezpieczycieli formalizm gwarancji, jakakolwiek interpretacja rozszerzająca nie jest zdaniem składu orzekającego Izby dopuszczalna.

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 stycznia 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 bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353¹ kc) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 kc). 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 niektórych wykonawców, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji. W doktrynie wskazuje się, że gwarant może bronić się względem beneficjenta zarzutami wynikającymi z treści gwarancji {M. Pyziak-Szafnicka, *Gwarancja autonomiczna*, 1994 nr 2, s. 20, A. Szpunar, *Zabezpieczenia osobiste wierzycielności*, Sopot 1997, s. 173; G. Tracz, *Umowa gwarancji*, Kraków 1998, s. 261, Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania-część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 273, T. Spyra, [w:] F. Zoil (red.), *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I*, Kraków 2005, s. 790, za *Poręczenia i gwarancja bankowa*, R. Trzaskowski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 283}.

Z uwagi na powyższe skład orzekający Izby nie mógł podzielić stanowiska Przystępującego, że powyższa gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na dwóch członków Konsorcjum zabezpiecza interesy Zamawiającego, a tym samym jest prawidłowa. Skład orzekający Izby w pełni podzielił zatem stanowisko i argumentację Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 27 lutego 2019 r. sygn. akt XII Ga 555/19 {wydanego, co istotne, po przywoływanym przez Przystępującego wyroku Sądu Najwyższego}, wskazujące na konieczność objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, które jest również ugruntowane w orzecznictwie {por. wyroki zespołów arbitrów z: 25 września 2002 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1221/02, 24 stycznia 2006 sygn. akt UZP/ZO/O-149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z: 20 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1408/10, 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14, 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694/14, 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 813/15, 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15, 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1936/15, 5 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 82/16, 8 października 2015 r. sygn. akt: KIO 2067/15, 2069/15, 2071/15, 2 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2287/15, wyroki sądów powszechnych: Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15, Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt XII Ga 697/15). Pogląd taki wyrażany jest również w piśmiennictwie {por. 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, Michał Makowski, *Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium – kontrowersje interpretacyjne*, PZP 2008, nr 2).

W ocenie składu orzekającego Izby konieczne było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 pzp), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku „gwarancyjnego” działa także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców – którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę – po to, aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (jako beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta – zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany – zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nimi powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem składu orzekającego Izby w tej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że Zamawiający z uwagi na nieścistości co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją. A raz jeszcze zwrócić należało na uwagę, iż sytuację taka nie ma charakteru hipotetycznego.

Reasumując, w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaktualizowały się przesłanki do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Konsorcjum z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia tego zarzutu ma właściwa interpretacja warunku udziału w postępowaniu z pkt 12 ppkt 3 lit. A. rozdziału VIII i.d.w., gdyż strony sporu z brzmienia tego postanowienia, w tym z jego zmiany w stosunku do pierwotnie sformułowanego, wyprowadzają diametralnie odmienne wnioski.

Przede wszystkim dopiero po ustaleniu, co było wymagane od wykonawcy w ramach tego warunku, można przejść do badania, czy został on spełniony przez Konsorcjum, dzięki

wiedzy i doświadczeniu, które Falubaz nabył z racji zrealizowania wspólnie z ZTOŚ zamówienia w Lubaniu.

Odnotować trzeba, że zamawiający przy określaniu warunków udziału w postępowaniu dysponują dużym luzem decyzyjnym, którego granice wyznaczają generalne dyrektywy wynikające z art. 22 ust. 1a pzp, aby warunki te były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiały ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co może w szczególności polegać na określeniu minimalnych poziomów wymaganych zdolności (w tym przypadku technicznych lub zawodowych, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp). Ponieważ powyższe kryteria mają charakter nieostry, Zamawiający mają duży margines swobody co do tego, w jakiej proporcji ustalą warunek w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jakie aspekty związane z tym przedmiotem zamówienia uznają za istotne dla oceny zdolności wykonawcy do jego prawidłowej realizacji.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że przedmiot tego zamówienia obejmuje budowę sortowni odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki, co obejmuje przede wszystkim wybudowanie nowej hali sortowni oraz dostawę i montaż w tej hali urządzeń technologicznych instalacji do sortowania takich odpadów {patrz pkt 1 oraz lit. d. oraz m. rozdziału III i.d.w. dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia}. Wykonawca powinien w związku z tym przewidzieć i zaprojektować wszelkie roboty budowlane, dostawy i usługi konieczne oraz wymagane pod względem technicznym, technologicznym i prawnym dla osiągnięcia tego celu {patrz 3 od końca zdanie rozdziału III i.d.w.}.

Niewątpliwie warunek w pierwotnym brzmieniu w pełni odzwierciedlał ten złożony charakter przedmiotu zamówienia, obejmującego zarówno roboty budowlane, jak i dostawy urządzeń technologicznych wraz z ich instalacją, które łącznie prowadzą do osiągnięcia zamierzonego rezultatu, jakim jest uzyskanie nadającej się do użytkowania sortowni odpadów. W uproszczeniu pierwotnie sformułowany warunek wymagał wykazania się należytych zrealizowaniem analogicznego do objętego przedmiotem zamówienia przedsięwzięcia dotyczącego sortowni odpadów o określonej wydajności, którego skala została też określona przez ustalenie wartości samych robót budowlanych. Innymi słowy Zamawiający początkowo uznał, że dla wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego wykonania tego zamówienia celowe będzie wymaganie doświadczenia w uprzedniej realizacji zamówienia o porównywalnym zakresie przedmiotu zamówienia w każdym jego aspekcie.

Natomiast warunek w ostatecznym brzmieniu kładzie nacisk na budowlany aspekt przedsięwzięcia tj. na należyte wykonanie obiektu budowlanego w postaci hali o określonej powierzchni zabudowy. Jednocześnie nie abstrahuje zupełnie od złożonego charakteru

przedmiotu zamówienia, skoro wymagane jest, aby uprzednio zrealizowana należycie hala przeznaczona była na sortownię odpadów o określonej wydajności. Zamawiający najwyraźniej ostatecznie uznał, że kluczowe znaczenie dla oceny zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia ma posiadane przez niego wiedzy i doświadczenia odnośnie robót budowlanych dotyczących obiektu hali przeznaczonej na sortownię odpadów o określonej skali. Natomiast nie uznał już za konieczne, aby wykonawca dysponował wiedzą i doświadczeniem odnośnie urządzeń technologicznych sortowni, które zostały w tej hali zainstalowane.

Jak wynika z okoliczności towarzyszących zmianie, taka była też intencja Zamawiającego. Warunek został zmieniony bowiem po tym, jak jeden z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu zapytał, czy w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia dopuszczalne jest takie łączne jego spełnienie, że jeden z wykonawców wykonał halę sortowni odpadów, dla której wartość robót budowlanych wynosiła 4 mln zł, a drugi wykonał dostawę wraz z montażem i uruchomieniem linii do segregacji odpadów, przy czym zsumowana wartość tych dwóch odrębnych przedsięwzięć wyniosła 16 mln zł. Zamawiający nie tylko zrezygnował z określenia skali wykonanych robót budowlanych za pomocą określenia ich wartości, ale zmienił brzmienie warunku w taki sposób, że spełnia go samodzielnie ten z wykonawców z konsorcjum opisanego w pytaniu, który wykonał roboty budowlane. Natomiast jednocześnie samo wykonanie dostawy i instalacji urządzeń technologicznych składających się na linię sortowni odpadów przestało być elementem ocenianym w ramach warunku. W tym sensie zmiana warunku miała służyć rozszerzeniu konkurencyjności postępowania, na co powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast dzięki pozostawieniu bez zmiany brzmienia postanowienia definiującego wykonane {w domyśle należycie} roboty budowlane (jako takie, w wyniku których powstał obiekt budowlany stanowiący całość technologiczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, czyli nadająca się do użytkowania sortownia odpadów) nadal jest wymagane, aby roboty budowlane opisane w treści zmienionego warunku umożliwiły osiągnięcie analogicznego do objętego tym zamówieniem rezultatu. Innymi słowy nawet po zmianie brzmienia warunku wykonawca nie może powołać się na wiedzę i doświadczenie wynikłe z realizacji robót budowlanych dotyczących hali przeznaczonej na sortownię odpadów, jeżeli taka sortownia faktycznie nie powstała, nie nadawała się do użytkowania lub nie została odebrana przez inwestora.

Niesporne było, że w ramach opisanej w wykazie złożonym przez Konsorcjum jako „Inwestycja polegająca na przebudowie sortowni odpadów komunalnych surowcowych o następujących parametrach: opakowania z papieru i tektury wraz z opakowaniami

z tworzyw sztucznych o minimalnej wydajności 3 Mg/h” oraz „Rozbudowa Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Lubaniu o infrastrukturę podstawową do przyjmowania i sortowania odpadów komunalnych oraz o niezbędną infrastrukturę towarzyszącą na potrzeby obsługi wybudowanych instalacji zagospodarowania odpadów – etap I” wykonanej od 6 kwietnia 2018 r. do 15 stycznia 2019 r. na rzecz Zakładu Gospodarki i Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Lubaniu, Falubaz nie wykonywał żadnych robót budowlanych, które leżały w wyłącznej gestii Foleko.

Powyższe potwierdza również umowa konsorcjum zawarta pomiędzy tymi wykonawcami 2 marca 2018 r. w Świdnicy, w szczególności załącznik nr 1 dotyczący podziału zakresu prac, robót, dostaw i usług objętych powyższym zamówieniem. Zgodnie z § 3 umowy pn. „Zakres prac” dokonano w tym załączniku szczegółowego podziału prac (zakresu rzeczowego) objętych przedsięwzięciem w taki sposób, że wszystkie roboty budowlane dotyczące poszczególnych obiektów, w tym hali sortowni, przypadły Foleko, a Falubaz odpowiadał za dostawę i montaż urządzeń składających się na linię technologiczną sortowni.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Potwierdził się zarzut, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia obowiązującego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, gdyż w ramach przedsięwzięcia wskazanego w złożonym przez nie wykazie Falubaz nie mógł zdobyć wiedzy i doświadczenia związanych z robotami budowlanymi dotyczącymi hali sortowni, które Zamawiający uczynił punktem odniesienia dla oceny zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego, który usiłował niejako przez pryzmat wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu) zinterpretować warunek udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli odwrócić właściwą kolejność rozumowania, która wymaga, jak to już powyżej zaznaczono, wpierw ustalenia, jaka była treść tego warunku. Dopiero wtedy można się bowiem zastanawiać – biorąc pod uwagę wskazówki wynikające z uzasadnienia tego orzeczenia – czy dla spełnienia tego warunku wystarczające jest wiedza i doświadczenie nabyte przez Falubaz jako współkonsorcjanta przy realizacji innego zamówienia.

Przed wszystkim z uwagi na ustalone powyżej rozumienie obowiązującego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy argumentacja Przystępującego jest bezprzedmiotowa, gdyż jest oparta

na błędnym założeniu, że *de facto* treść warunku nie uległa żadnej istotnej zmianie. Tymczasem skoro Falubaz faktycznie nie wykonywał żadnych robót budowlanych w ramach zamówienia wskazanego w wykazie, nie sposób twierdzić, że Konsorcjum potwierdziło w ten sposób spełnianie warunku, którego istotą było posiadanie wiedzy i doświadczenia dotyczących właśnie robót budowlanych. W takim przypadku powoływanie się na wspomniane orzeczenie TSUE nic nie wnosi do sprawy, gdyż nie sposób z niego wywieść, że z racji samego udziału w konsorcjum dopuszczalne jest powoływanie się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, które faktycznie wykonał w całości inny współkonsorcjant.

Warto przypomnieć, że Trybunał w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) orzekł wręcz przeciwnie, że gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Wykonawca nabywa bowiem realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Z czego wynika, że wykonawca nie może polegać, na potrzeby wykazania wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Co doprowadziło Trybunał do konkluzji, że art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Z kolei w wyroku z 18 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 588/19) Izba zauważyła, że przełożenie tej ogólnej tezy na daną sytuację faktyczną wymaga indywidualnej oceny zarówno elementów danego warunku udziału w postępowaniu, jak i konkretnych działań wykonawców podejmowanych przy konkretnej realizacji. W skrócie można to ująć w następujący sposób: dany wykonawca (konsorcjant – czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części – w zależności od brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak

i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, a także w miarę kompleksowe, tj. dotyczyły jak najpełniejszej części tej realizacji.

Reasumując, choć Izba już wielokrotnie wypowiedziała się, w jaki sposób rozstrzygnięcie w sprawie Esaprojekt znajduje przełożenie w różnych stanach faktycznych, w żadnej z tych spraw nie oznaczało to uznania, że wykonawca powołujący się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum w ogóle nie musiał w jego ramach bezpośrednio wykonywać zakresu prac objętych treścią warunku udziału w postępowaniu.

Natomiast zupełnie nieprzekonujące, bo sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy, są twierdzenia Przystępującego o rzekomej niemożności rozgraniczenia zakresu świadczeń wykonanych przez Foleko i Falubaz w ramach zamówienia dotyczących sortowni w Lubaniu, czy też o rzekomym decydującym udziale Falubazu w zarządzaniu realizacją tego zamówienia. W istocie jest to tylko nieudolna próba wpasowania się w okoliczności faktyczne innych spraw uprzednio rozstrzygniętych przez Izbę, które w oczywisty sposób nie przystają do ustalonego powyżej stanu faktycznego w tej sprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego: art. 89 ust. 1 pkt 7b miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponadto stosowanie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b kosztami postępowania odwoławczego obciążono Przystępującego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.