

WYROK
z dnia 16 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**
Katarzyna Prowadzisz
Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

STEKOP S.A. ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa oraz
STEKOP-OCHRONA Sp. z o.o. Kolonia Porosły 52, 16-070 Choroszcz,

w postępowaniu prowadzonym przez

21 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Łęczycka 6, 82-300 Elbląg

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CITY Security S.A. ul. Świętojerska 5/7, 00-236 Warszawa, CITY Security Services Sp. z o. o. ul. Grunwaldzka 76/78 lok. 426, 80-244 Gdańsk, City Security Group Sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdynskie 2, 01-531 Warszawa oraz Agencja Ochrony Mienia „Matpol” Sp. z o.o. ul. Dominikańska 33, 02-738 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1. postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1. postępowania oraz**

wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CITY Security S.A., CITY Security Services Sp. z o. o., City Security Group Sp. z o.o. oraz Agencja Ochrony Mienia „Matpol” Sp. z o.o. w zakresie części 1. postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża 21 Wojskowy Oddział Gospodarczy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP S.A. oraz STEKOP-OCHRONA Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od 21 Wojskowego Oddziału Gospodarczego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STEKOP S.A. oraz STEKOP-OCHRONA Sp. z o.o. kwoty 19 011 zł 21 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy jednaście złotych dwadzieścia jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – 21 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Elblągu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę ochrony fizycznej osób i mienia oraz nadzór nad funkcjonowaniem systemów alarmowych z lokalnych centrów nadzoru w kompleksach jednostek wojskowych w Elblągu, Bartoszycach i Morągu świadczona przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne w 2016 r.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia STEKOP S.A. i STEKOP-OCHRONA Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania w zakresie części nr 1 oraz wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o. (zwany dalej także „konsorcjum City Security”), który to wykonawca winien zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą ze względu na to, że nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, co narusza:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
2. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie tego przepisu w stosunku do zaniechaniu wykluczenia z postępowania w zakresie części nr 1 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia

„MATPOL” Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o:

1 nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia, dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wykluczenia z postępowania w zakresie części nr 1 zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o.,

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami rozdziału IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał wniesienia wadium dla części nr 1 w wysokości 76.800 złotych.

Konsorcjum City Security złożyło wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową nr 280000102749 z 16 listopada 2015 r., która rzekomo ma stanowić zabezpieczenie wadium oferty tego konsorcjum. Gwarancja ta nie stanowi jednak zabezpieczenia oferty złożonej przez to konsorcjum, gdyż wskazuje, że zabezpiecza ofertę złożoną jedynie przez jednego z członków Konsorcjum, tj. City Security S.A., ponieważ w jej treści wskazano: „ponieważ City Security SA. z siedzibą: 00-236 Warszawa, ul. Świętojańska 5/7 (dalej zwany <<Wykonawcą>>) składa ofertę na usługę ochrony fizycznej osób i mienia oraz nadzór nad funkcjonowaniem systemów alarmowych z lokalnych Centrów Nadzoru w kompleksach jednostek wojskowych w Elblągu, Bartoszycach i Morągu świadczoną przez specjalistyczne i uzbrojone formacje ochronne w 2016 r. Nr postępowania: 48/SZP/2015, (dalej zwaną <<Ofertą>>), niniejszym podajemy do wiadomości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, przy ul Hestii 1, 81-731 Sopot (...) Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym: Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”

Jak wynika jednoznacznie z treści gwarancji wadialnej złożonej przez konsorcjum City Security, gwarancja została udzielona przez gwaranta w związku z faktem, że City Security S.A. składa ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Gwarancja w żadnym ze swoich zapisów nie wskazuje, jakoby została wystawiona na zabezpieczenie oferty złożonej przez

konsorcjum, którego członkiem jest podmiot zawierający umowę gwarancji – City Security S.A. Złożona przez Konsorcjum City gwarancja jest więc wadliwa, gdyż jej zakresem zostały objęte jedynie działania i zaniechania jednego z członków konsorcjum, czyli City Security S.A.

Wniesienie wadium jest prawidłowe wówczas, gdy zamawiający ma możliwość realizacji swoich roszczeń w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Wadium musi więc spełniać swoją rolę zabezpieczenia interesów zamawiającego. Dlatego też wniesienie wadium w którejkolwiek z form, powinno zapewniać zamawiającemu tak łatwą możliwość zabezpieczenia, jak wniesienie wadium w gotówce. Gwarancja wadialna składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi więc dokładnie określać zakres i okoliczności odpowiedzialności gwaranta. Gwarancja wadialna wystawiona natomiast jedynie na lidera konsorcjum nie zapewnia zamawiającemu skutecznej realizacji roszczeń, z uwagi na fakt, że gwarant nie będzie odpowiedzialny za działania i zaniechania wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się do udzielenie zamówienia publicznego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i nieakcesoryjnym. Abstrakcyjny charakter zobowiązania gwarancyjnego oznacza, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem niezależnym od zobowiązania podstawowego. Samodzielny (nieakcesoryjny) charakter zobowiązania gwarancyjnego oznacza, że istnienie i zakres zobowiązania gwaranta nie zależy od istnienia, czy też zakresu innego zobowiązania. Byt gwarancji jest więc niezależny od bytu stosunku podstawowego. W związku z powyższym, treść stosunku pomiędzy zamawiającym a konsorcjum City Security nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta z gwarancji ubezpieczeniowej. Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią gwarancji. Zakres odpowiedzialności gwaranta wyznaczać będzie sama treść gwarancji. W związku z tym dla określenia zakresu odpowiedzialności gwaranta kluczowe znaczenie ma literalna wykładnia treści gwarancji. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Gwarancja musi więc być jasna i czytelna oraz dokładnie określać zakres podmiotowy i przedmiotowy odpowiedzialności. O odpowiedzialności gwaranta będzie więc przesądzała wyłącznie treść gwarancji, przedłożonej przez konsorcjum City Security wraz z ofertą.

Ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta. To literalna treść dokumentu gwarancyjnego przedkładanego

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ustalonych dla danego postępowania okolicznościach stanowi, czy jest on dokumentem skutecznie zabezpieczającym ekonomiczne interesy zamawiającego związane z rolą, jaką w ramach przetargu pełni wadium. Zamawiający wraz z ofertą otrzymuje oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, zatem tylko i wyłącznie ten dokument stanowi źródło jego uprawnień z tytułu umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Ponieważ nie obowiązują żadne ustawowe regulacje, które dawałyby podstawę do rozszerzenia zakresu podmiotów objętych gwarancją, zakres podmiotowy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej może zostać określony wyłącznie w oparciu o wykładnię literalną dokumentu gwarancyjnego. Tym bardziej brak jest podstaw do rozszerzania zakresu podmiotowego gwarancji z powołaniem się na zasady współzycia społecznego lub ustalone zwyczaje .

Gwarancja musi wskazywać wykonawcę, czyli wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia. Wykonawcą jest bowiem konsorcjum, a nie jeden z jego członków, czy też lider konsorcjum. W treści gwarancji złożonej przez konsorcjum City Security jednoznacznie wskazano, że gwarant odpowiada za działania i zaniechania wyłącznie jednego podmiotu – City Security S.A. Gwarancja wprost wskazuje, że jest udzielana w związku ze składaniem oferty w postępowaniu przez wykonawcę – City Security S.A. i tę ofertę zabezpiecza. Taka oferta nie została natomiast złożona w przedmiotowym postępowaniu, ofertę złożył bowiem zupełnie inny wykonawca – konsorcjum City Security. Przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa nie zabezpiecza więc żadnej ze złożonych ofert, a oferta złożona przez konsorcjum City Security nie została zabezpieczona wadium.

Aby uzyskać zaspokojenie swoich roszczeń zamawiający nie będzie mógł skutecznie powoływać się wobec gwaranta na okoliczności dotyczące jego relacji z podmiotami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność, że podmiot wskazany w treści gwarancji występuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z innymi podmiotami, nie będzie stanowiła podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania lub zaniechania innych podmiotów występujących wspólnie z podmiotem wskazanym w treści gwarancji.

Na rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta nie miałaby wpływu również okoliczność, że ewentualna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest solidarna. Nawet gdyby odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia była solidarna, nie miałoby to wpływu na treść stosunku gwarancji. W przedmiotowym postępowaniu, gwarant mógłby skutecznie uchylić się od zapłaty kwoty wadium, w przypadku powołania się przez zamawiającego na okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium, gdy okoliczności te byłyby działaniami lub zaniechaniami innego podmiotu niż podmiot wskazany w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie występuje solidarność

odpowiedzialności podmiotów wspólnie występujących w postępowaniu. Zobowiązanie jest solidarne, jeżeli wynika to z ustawy lub z czynności prawnej (art. 369 k.c.). Żaden przepis prawa zamówień publicznych nie statuuje solidarnej odpowiedzialności wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Solidność taka nie wynika z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie natomiast z art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten statuuje solidarną odpowiedzialność jedynie na etapie realizacji umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Na możliwość uchylenia się przez gwaranta od zapłaty kwoty wadium, w przypadku zaistnienia po stronie członków konsorcjum City Security nie wymienionych w treści gwarancji ubezpieczeniowej nie ma wpływu fakt, że kwota gwarancji wadium jest płatna bezwarunkowo i na pierwsze wezwanie. Powyższe nie oznacza, że gwarant odpowiada za działania i zaniechania podmiotów, których nie objął gwarancją. Odpowiedzialność gwaranta nie jest bowiem niczym nieograniczona.

Na podkreślenie zasługuje również fakt, że lider konsorcjum City Security, zgodnie z przedłożonym wraz z ofertą pełnomocnictwem, nie miał umocowania (nie zostało mu udzielone pełnomocnictwo) do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej z gwarantem w imieniu całego konsorcjum. Powyższe wskazuje, że City Security S.A. w ogóle nie występowała w stosunku do gwaranta jako lider konsorcjum, a jako podmiot samodzielnie występujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nawet jeżeli lider konsorcjum City Security miałby pełnomocnictwo do zawarcia w imieniu konsorcjum umowy gwarancji, to działanie w imieniu i na rzecz konsorcjum City Security musiałoby wynikać z treści gwarancji. City Security S.A. mógł bowiem nie ujawnić gwarantowi przy zawarciu umowy, że działa w imieniu i na rzecz konsorcjum City Security.

Powyższe okoliczności wskazują jednoznacznie, że gwarant w ogóle nie miał informacji o fakcie, że City Security S.A. występuje w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego wspólnie z innymi podmiotami. Tym bardziej gwarant nie mógł objąć zakresem gwarancji działań i zaniechań podmiotów, co do których nie miał wiedzy, jakoby występowały wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność występowania przez kilka podmiotów wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest natomiast istotna z punktu widzenia gwaranta banku i oceny przez niego ryzyka wypłaty kwoty wadium. Okoliczność występowania przez podmioty wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ma wpływ na zwiększenie ryzyka gwaranta, a tym samym wpływ na zwiększenie wysokości należności gwaranta z tytułu realizacji zobowiązań z umowy gwarancji. Dlatego też ujawnienie okoliczności występowania wspólnie z innymi podmiotami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, może

nie zostać ujawniona przez podmiot zawierający umowę gwarancji z gwarantem (bankiem), w celu uniknięcia zapłaty wyższych należności gwaranta.

Z praktyki odwołującego wynika, że w czasie negocjacji dotyczących możliwości zawarcia umowy gwarancji wadialnej zabezpieczającej ofertę złożoną przez kilka podmiotów występujących w postępowaniu wspólnie, gwarant chce mieć pełne informacje o wszystkich podmiotach będących członkami konsorcjum. Odwołujący zawierając z gwarantami takie umowy gwarancji (w związku z występowaniem konsorcjum w postępowaniu) zmuszony jest za każdym razem wskazać gwarantowi podmioty występujące wspólnie o udzielenie zamówienia oraz przedstawić dokumenty obrazujące ich sytuację finansową. Działanie gwaranta znajduje przy tym pełne uzasadnienie, z uwagi na konieczność oceny ryzyka.

Dodatkowo lider konsorcjum City Security w pełnomocnictwie udzielonym mu przez pozostałych członków konsorcjum, nie ma upoważnienia do zawarcia w imieniu konsorcjum umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Poza tym udzielone mu pełnomocnictwo może zostać w każdej chwili, przed zawarciem umowy, odwołane przez któregokolwiek z członków konsorcjum, nie zawiera bowiem zrzeczenia się prawa do jego odwołania. W takim przypadku członek konsorcjum City Security, który odwołał pełnomocnictwo, sam będzie musiał podpisać w swoim imieniu umowę o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, w związku z czym będzie mógł również samodzielnie odmówić podpisania umowy.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz, z ostrożności procesowej, o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania w całości.

Zdaniem zamawiającego stanowisko odwołującego jest chybione i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasady dotyczące wnoszenia wadium zostały określone w rozdziale IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z tymi zasadami zamawiający nie ustanowił dodatkowych wymogów, w tym obowiązku wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich uczestników konsorcjum. Ponadto odwołujący pominął fakt, iż kwestia czy wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej może zostać wniesiona przez lidera konsorcjum, stanowiła przedmiot pytania, na które zamawiający 5 listopada 2015 r. udzielił odpowiedzi, w której ustanowił, że dopuszcza wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej przez lidera konsorcjum. Na tym etapie postępowania również zamawiający nie wprowadził

żadnych dodatkowych wymagań dotyczących treści gwarancji wadialnej wnoszonej przez lidera konsorcjum.

Tym samym, ustawowy 10-dniowy termin na zaskarżenie czynności dotyczącej zasad wniesienia wadium upływał skutecznie 16 listopada 2015 r.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, iż gwarancja wadialna musi wskazywać wykonawcę rozumianego jako wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie, a stanowisko zamawiającego poparte jest aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych.

Dla zamawiającego i wykonawców wiążące są zasady ustanowione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedziach na pytania i zmianach specyfikacji. Nie można zatem stawiać zamawiającemu skutecznego zarzutu, że dokonał oceny oferty konsorcjum City Security oraz wniesionego przez to konsorcjum wadium zgodnie z zasadami ustalonymi przed upływem terminu składania ofert. Po upływie terminu składania ofert niedopuszczalna jest zmiana zasad i wymogów dotyczących udziału wykonawców w postępowaniu. Takie stanowisko potwierdza m.in. Sąd Okręgowy w Słupsku w wyroku z 23 lipca 2015 r., sygn. IV Ca 357/15: „kluczowa dla wyniku sprawy pozostaje okoliczność, że Zamawiający wymagania dotyczące wniesienia wadium przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, określił w rozdziale VIII (...), w którym nie ma mowy o radykalnie innych lub szczególnych warunkach dla wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”. Dodatkowo Sąd ten orzekł, iż w „treści dokumentu gwarancji, zmienionej aneksami z dnia 27 lutego 2015 r. i 9 marca 2015 r. gwarant oznaczył postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sumę gwarancyjną zgodną z regulacjami (...) oraz uprawnionego z tytułu gwarancji, czyli zamawiającego. Zdaniem Sądu Okręgowego nie jest konieczne wymienienie w gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, który samodzielnie ustala warunki wpłaty wadium w (...). Skoro przyjmuje się jednocześnie, że członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie za konsekwencje powstałe w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest możliwe z przyczyn istniejących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum (por. wyrok (...) z 3 września 2013 r. (...), wyrok (...) z 15 kwietnia 2014r. (...), wyrok (...) z dnia 5 marca 2015 r. (...)) to tym samym gwarancja w niniejszej sprawie jest prawidłowa”.

Zamawiający powołał się także na szereg orzeczeń Izby, które potwierdzają konieczność uznania takiego wadium za skuteczne.

Zdaniem zamawiającego zarzut odwołującego, że wadliwa jest gwarancja złożona przez City Security S.A. z uwagi na to, iż zabezpiecza skuteczne dochodzenie roszczeń przez zamawiającego jedynie wobec podmiotu wymienionego w treści gwarancji, a nie wobec

działań i zaniechań całego konsorcjum, jest nadmierny ze względu na to, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówieniu, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. Jeśli więc jeden z konsorcjantów uchyla się od zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie, nie można zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, do czego się zobowiązywali składając wspólnie ofertę; a więc od zawarcia umowy uchylają się wszyscy wykonawcy składający ofertę.

Rozważania odwołującego dotyczące ewentualnego uchylenia się gwaranta od realizacji należności wynikających z treści gwarancji nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący wraz z wniesionym odwołaniem nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że ubezpieczyciel odmówi realizacji należności wynikającej z treści gwarancji wadialnej w okolicznościach w niej wymienionych, a dotyczących innego podmiotu niż lider konsorcjum City Security.

Dodatkowo, pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum City Security do reprezentowania konsorcjum i każdego z jego członków z osobna zostało udzielone 16 listopada 2015 r., w tym samym dniu została ustanowiona gwarancja wadialna. Pełnomocnictwo to uprawnia lidera m.in. do wniesienia wadium oraz do przygotowania, podpisania i złożenia oferty w imieniu każdego z wykonawców z osobna. Zatem lider konsorcjum miał umocowanie do wykonywania czynności w imieniu konsorcjum i czynności te wykonywał nie wcześniej niż w dacie uzyskania pełnomocnictwa. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że dla skutecznego wniesienia wadium przez jednego z członków konsorcjum w imieniu całego konsorcjum konieczne jest posiadania odrębnego upoważnienia do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Brak konieczności posiadania odrębnego umocowania potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14 października 2015 r., sygn. XXIII Ga 1313/15.

Zdaniem zamawiającego przywołane orzecznictwo oraz istniejący w prowadzonym postępowaniu stan faktyczny, potwierdzają prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny, że wadium wniesione przez konsorcjum City Security odpowiada wymogom ustanowionym przez zamawiającego, a podniesione przez odwołującego zarzuty są niezasadne i powinny zostać oddalone.

III Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security

Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący zaprezentował stanowisko oraz argumentację podobną do zamawiającego oraz powołał się na korzystne dla siebie orzecznictwo.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Wskazane przez zamawiającego okoliczności faktyczne związane z udzieleniem odpowiedzi na zapytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą stanowić podstawy odrzucenia odwołania. Zaskarżona została bowiem nie sama specyfikacja istotnych warunków zamówienia czy udzielona odpowiedź, lecz fakt zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego. Ocenie Izby w ramach rozpatrywanej sprawy podlegała będzie więc ta czynność zamawiającego oraz, jako jej część, treść wniesionej przez przystępującego gwarancji wadialnej, zaś fakt udzielenia odpowiedzi o takiej treści czy treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być jedynie jedną z okoliczności, przez pryzmat których treść gwarancji wadialnej będzie oceniana.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść spornej gwarancji wadialnej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o.) nie jest sporny między stronami i odpowiada stanowi opisanemu przez odwołującego w odwołaniu (nie był on kwestionowany przez zamawiającego ani przystępującego).

Izba ustaliła, że oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o., a wraz z tą ofertą zostało wniesione wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej z 16 listopada 2015 r. o numerze 280000102749, wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. Treść tej gwarancji brzmi następująco: „Ponieważ City Security SA. z siedzibą: 00-236 Warszawa, ul. Świętojańska 5/7 (dalej zwany <<Wykonawcą>>) składa ofertę na usługę ochrony fizycznej osób i mienia oraz nadzór nad funkcjonowaniem systemów alarmowych z lokalnych Centrów Nadzoru w kompleksach jednostek wojskowych w Elblągu,

Bartoszytach i Morągu świadczoną przez specjalistyczne i uzbrojone formacje ochronne w 2016 r. Nr postępowania: 48/SZP/2015, (dalej zwaną <<Ofertą>>), niniejszym podajemy do wiadomości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą (...) jest zobowiązana wobec 21 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą (...) (dalej zwanego <<Zamawiającym>>) w kwocie dla części zamówienia nr 1 – 76.800 zł (...) którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co stwierdza niniejszym. Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W swoich pismach procesowych oraz stanowiskach wyrażonych podczas rozprawy odwołujący, zamawiający oraz przystępujący streścili założenia obu istniejących w orzecznictwie stanowisk dotyczących kwestii poprawności wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wynika z tego, że są one znane stronom i przystępującemu, nie ma zatem potrzeby powtarzać ich w uzasadnieniu. Stanowiska te doskonale znane są również Izbie.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela jednak stanowisko, zgodnie z którym w treści gwarancji oferent musi być wskazany prawidłowo – a więc muszą być wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a przynajmniej być zachowana wersja minimum, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta właśnie oferta jest zabezpieczona gwarancją). Odmienne stanowisko zaś skład orzekający uznaje za zupełnie błędne pod względem prawnym, pomimo jednak w niniejszym uzasadnieniu jego krytykę, czy polemikę z nim. Skład orzekający podziela również co do zasady poglądy wyrażone w orzeczeniach, które wskazują na to, że dla zabezpieczenia interesu zamawiającego w treści gwarancji powinni być wskazani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jak np. wyrok KIO z 22 maja 2015 r., sygn. KIO 974/15, wyrok KIO z 1 lipca 2015 r., sygn. 1251/15, wyrok KIO z 14 września 2015 r., sygn. KIO 1881/15, wyrok KIO z 17 września 2015 r., sygn. 1936/15, wyrok KIO z 8 października 2015 r., sygn. KIO

2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15. Nie powielając jednak zawartej tam, dość obszernej, argumentacji, wskaże najistotniejsze jego zdaniem przesłanki poprawności tego stanowiska.

Sporna kwestia prawna jest właściwie prosta:

1. Nie jest sporne w orzecznictwie ani piśmiennictwie – i nie budziło wątpliwości stron ani przystępującego – że gwarancja wadialna powinna zabezpieczać ofertę danego oferenta, zwanego wykonawcą (*vide* definicja wykonawcy zawarta w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych).

2. Nie jest też sporne, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zwanym potocznie „konsorcjum”) owym oferentem/wykonawcą są wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako całość, a nie którykolwiek z nich oddzielnie (tj. wykonawcą nie jest tzw. członek konsorcjum lub konsorcjant). Wynika to bezpośrednio z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że: „1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. 3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.”

3. To, kto jest oferentem/wykonawcą wynika z treści oferty.

4. To, czyją ofertę zabezpiecza gwarancja, wynika z treści gwarancji. Biorąc zaś pod uwagę standardowo stosowaną konstrukcję treści gwarancji, nie ma innego sposobu identyfikacji danej oferty, o której mówi gwarancja, niż poprzez wskazanie nazwy zamawiającego, nazwy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz, przede wszystkim, nazwy oferenta.

Prostą konsekwencją owego stanu prawnego wskazanego w punktach 1. i 2. jest to, że oferta złożona przez konsorcjum nie jest tym samym, co oferta złożona przez konsorcjanta (nie jest to sporne). Równie prostą konsekwencją okoliczności wskazanych w punktach 1-4 jest to, że oferent zarówno w treści oferty, jak i w treści gwarancji powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam oferent, nie można przypisać danej gwarancji do danej oferty.

Tym samym z jednej strony nie ma oferty zabezpieczonej gwarancją wadialną, a z drugiej – gwarancją nie została zabezpieczona złożona oferta.

I cóż więc z tego, że zamawiający ma wpisaną do treści gwarancji (tak podkreślaną w orzeczeniach): nazwę swoją, nazwę postępowania, kwotę wadium, bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie do wypłaty – jeśli nie ma „tylko” oferty, którą owa gwarancja zabezpiecza.

Z tego powodu w braku wskazania w treści gwarancji prawidłowego oferenta (a tym samym i prawidłowej oferty) nie chodzi nawet o to, że gwarant może odmówić realizacji gwarancji, jeśli okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych

wystąpią w stosunku do konsorcjantów innych niż City Security S.A., ale także jeśli będą dotyczyły samej City Security S.A. Z punktu widzenia bowiem treści gwarancji w połączeniu z treścią złożonej oferty żaden z tych podmiotów nie istnieje z punktu widzenia treści gwarancji, bo nie istnieje zabezpieczona tą gwarancją oferta.

Nie mają tu znaczenia prawne ewentualne zapewnienia towarzystwa ubezpieczeniowego, że wypłaci kwotę wskazaną w gwarancji. Nie wynikają one bowiem z treści gwarancji. Złożone zaś zostały po terminie składania ofert będącego jednocześnie terminem, do którego należało wnieść wadium (art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Nie jest zaś sporne, że nieprawidłowego wniesienia wadium nie można uzupełnić ani korygować po terminie składania ofert, a więc również zmieniać treści gwarancji wadium, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień, a wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne (za wyjątkiem wyraźnie dopuszczonych w przepisach, jak np. przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium). Wynika to z ww. art. 45 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z których połączenia wynika norma prawna, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a jeśli wadium nie zostanie wniesione do upływu terminu składania ofert, wykonawcę obowiązkowo się wyklucza z postępowania. Odpowiada to również założeniom art. 70⁴ k.c., zgodnie z którym przystępujący do przetargu powinien wpłacić organizatorowi przetargu określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, czyli wadium pod rygorem niedopuszczenia do niego. Tym samym do przetargu może być dopuszczony jedynie podmiot, który wpłaci określoną sumę lub ustanowi odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty przed przystąpieniem do przetargu, którym jest złożenie oferty (przynajmniej w modelu klasycznego przetargu jednoetapowego).

Z sytuacji, gdy oferent, czyli i oferta wskazana w gwarancji, nie jest tym samym oferentem i ofertą, które pojawiły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia wynika więc, że nie ma jedności podmiotowo-przedmiotowej pomiędzy nimi, zatem zmieniony został/zostałby zakres pokrycia gwarancją danego stanu faktycznego.

To z kolei musi prowadzić do dwóch skutków: po pierwsze składając oświadczenie, iż w stosunku do „wykonawcy, którego oferta” została wybrana lub mogłaby zostać wybrana, a który został wskazany w gwarancji, wystąpiła któraś z sytuacji wskazanych w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający nie oddawałby prawidłowo stanu faktyczno-prawnego istniejącego w postępowaniu (bo w postępowaniu nie ma i nie było oferty City Security S.A., której dotyczy gwarancja) i gdyby został przez gwaranta o okazanie tej oferty poproszony, nie mógłby jej okazać (i zdaniem Izby nie jest to

„merytoryczne” badanie żądania, a jedynie formalne sprawdzenie, czy żądanie dotyczy danej gwarancji).

Po drugie – gwarant (każdy prawnik gwaranta) powinien automatycznie podnieść w stosunku do beneficjenta gwarancji zarzut przekroczenia zakresu gwarancji (wystąpienia stanu, którego gwarancja nie obejmuje), inaczej dokonując wypłaty działałby na własną niekorzyść/niekorzyść podmiotu, który reprezentuje, co wywołuje skutki nie tylko cywilnoprawne, ale także karne. Tym samym wcale nie jest pewne, że pomimo deklaracji gwaranta, zamawiający jakkolwiek rekompensatę by uzyskał (już nawet pomijając powszechnie znany fakt, że kiedy konieczność wypłaty staje się realna, a nie tylko teoretyczna, zobowiązani są mniej skłonni do dokonania owej wypłaty niż wcześniejszych zapewnień). Zresztą nawet gdyby gwarant zdecydował się wypłacić sumę gwarantowaną oczekując regresu od City Security S.A., to z kolei City Security S.A. mogłaby dochodzić od zamawiającego zwrotu wypłaconej sumy w oparciu choćby o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, na podstawie właśnie wyżej opisanego zarzutu. I nawet gdyby zamawiający w konsekwencji wygrał spór, to możliwość zaistnienia takiego sporu, jak i bardzo realna możliwość jego przegrania, zawsze istnieje.

Sytuacja taka nie jest zgodna z istotą wadium zawartą w jej definicji (art. 70⁴ § 1 k.c.), zgodnie z którą zabezpieczenie zapłaty sumy ma być odpowiednie. Natomiast zabezpieczenia, które jest niepewne i potencjalnie sporne, w żadnym wypadku nie można nazwać odpowiednim. Co więcej – z czym się zgadzają, a nawet podkreślają przedstawiciele reprezentujący oba sprzeczne stanowiska dotyczące poprawności gwarancji wadialnej – wadium wniesione w innej formie niż pieniężna, musi zabezpieczać interesy zamawiającego w sposób nie gorszy niż pieniądze spoczywające na rachunku zamawiającego. Natomiast gwarancja wadialna, której zapłata jest co najmniej dyskusyjna, nie zabezpiecza interesów zamawiającego nie gorzej niż forma pieniężna wadium (a więc znów – nie jest to „odpowiednie” zabezpieczenie).

Doskonale ujął to Sąd Okręgowy w Warszawie w wydanym ostatnio w podobnej sprawie wyroku z 14 października 2015 r. o sygn. XXIII Ga 1313/15, przywołanym przez stronę zamawiającą: „Na marginesie należy wskazać, iż ocena, czy bank (gwarant) jako uczestnik obrotu cywilnoprawnego w praktyce wykona ciężące na nim zobowiązanie wynikające z gwarancji daleko wykracza poza ramy niniejszego postępowania [chodzi o postępowanie skargowe – przyp. aut.], ponieważ nigdy nie będzie możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenie o potencjalnym zachowaniu banku.” I ten właśnie cytat znakomicie podkreśla wadliwość argumentacji o poprawności gwarancji, w której nie wskazano, że gwarancja zabezpiecza ofertę konsorcjum – gdyż zamawiający nie może stwierdzić równie beztrósco

jak sąd, że nie wiadomo i nie ma znaczenia, jakie będzie zachowanie gwaranta w chwili, kiedy zamawiający zażąda zapłaty sumy gwarantowanej – to zamawiający bowiem będzie wypłaty dochodził i w oparciu o treść posiadanej gwarancji musi być pewny, że sumę wadialną uzyska. I przede wszystkim też, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców, zamawiający musi zweryfikować także poprawność wniesionych przez nich wadium – nawet jeśli w stosunku do 99% z nich nigdy nie zdecyduje się tego wadium zatrzymać.

Zatem owszem, nie ma pewności, że ubezpieczyciel odmówi wypłaty kwoty wadium – ale nie ma też pewności, że nie odmówi (i to nie bezpodstawnie, ale z mając ku temu uzasadnione przyczyny prawne. Oraz owszem, to zamawiający – i Izba, jeśli spór przed nią trafi, a następnie sąd – są nie tylko uprawnione, ale i zobowiązane do rozstrzygnięcia, czy gwarant mógłby skutecznie odmówić zamawiającemu wypłaty świadczenia pieniężnego z takiej gwarancji. Jest to wyraźny obowiązek formalny (proceduralny) związany z przyjętą procedurą udzielania zamówień. To bowiem zamawiający (a w dalszej kolejności Izba i sąd) musi zbadać, czy wadium zostało wniesione poprawnie – gdyby kierować się prezentowanym punktem widzenia, to nie powinno się wykluczać np. wykonawcy, który spóźnił się z przelewem wadium – przecież zamawiający nie będzie zatrzymywał wadium już w chwili upływu terminu składania ofert, a w tym przypadku (w przeciwieństwie do gwarancji) wadium przecież ma.

Należy także zwrócić uwagę – co również jest niesporne – że 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). Wynika to zresztą wprost z art. 81 ustawy Prawo bankowe definiującego gwarancję bankową (gwarancja ubezpieczeniowa nie ma własnej definicji, dlatego posiłkowo stosuje się pojęcia związane z gwarancją bankową). Przepis ten wskazuje, że 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. Zatem warunkiem spełnienia przez gwaranta świadczenia z gwarancji jest spełnienie przez beneficjenta określonych warunków zapłaty – i to jedynie warunki zapłaty określone w gwarancji są istotne z punktu widzenia zobowiązania (przy czym „warunki zapłaty” należy rozumieć szeroko, jako wszystkie postanowienia gwarancji łącznie – całą jej treść).

Tymczasem przedstawiciele stanowiska, zgodnie z którym w treści gwarancji nie musi być wskazany pełen (poprawny) oferent, głosząc pogląd o abstrakcyjności gwarancji jednocześnie powołują się nie tylko na jej kauzę, ale wręcz daleko poza nią wykraczają odnosząc się nie tylko do wzajemnych stosunków pomiędzy podmiotem wskazanym w gwarancji a zamawiającym (których chociaż pojawia się w gwarancji), wykonawcą (tj. wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) a zamawiającym oraz pomiędzy podmiotem wskazanym w gwarancji a pozostałymi konsorcjantami (*notabene* o których gwarancja w ogóle nie wspomina).

Co więcej, owe wzajemne stosunki opisywane są błędnie. Pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, poza sytuacją opisaną w art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonaniem umowy i wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie istnieje żadna odpowiedzialność solidarna wobec zamawiającego. Co więcej – z punktu widzenia prawa zobowiązań, w zakresie złożenia oferty czy wniesienia wadium trudno w ogóle mówić o jakichś zobowiązaniach wobec zamawiającego. Żaden wykonawca ani konsorcjant nie jest bowiem zobowiązany wobec zamawiającego ani do złożenia oferty, ani do wniesienia wadium. Oczywiście, wniesienie wadium, jeśli było ono żądane, jest warunkiem formalnym udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w tym sensie wykonawca jest zobowiązany do jego wniesienia. Jednak nie jest to zobowiązanie, o którym mowa w definicji zobowiązania zawartej w księdze III Kodeksu cywilnego „Zobowiązania”, art. 353 § 1: „Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić.” Zamawiający nie ma bowiem roszczenia o złożenie oferty czy wniesienie wadium. Tym bardziej nie może – jak wskazano w definicji zobowiązania solidarnego po stronie dłużników (art. 366 k.c.) żądać całości lub części świadczenia (wadium) od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub każdego z osobna. Zamawiający w ogóle nie może ingerować, w jaki sposób konsorcjanci ustalą pomiędzy sobą kwestię wniesienia wadium. Jediną konsekwencją tego, że wadium nie zostanie wniesione, nie zostanie wniesione w całości lub zostanie wniesione nieprawidłowo jest więc wykluczenie wykonawcy.

Co więcej, złożenie wspólnej oferty nie powoduje również solidarności po stronie konsorcjantów. Jak wynika z definicji zobowiązania solidarnego zawartej w art. 366 § 1 k.c. „kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników).”

Konsekwencją złożenia oferty (jedynym „świadczeniem” na tym etapie postępowania) jest zawarcie przez oferenta umowy na warunkach w ofercie określonych (zamawiający nie może jeszcze, bez umowy, żądać świadczenia w postaci przedmiotu oferty/przedmiotu umowy). Jeśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia byłiby zobowiązani z oferty solidarnie, wystarczyłoby, żeby jeden albo niektórzy z nich zawarli umowę z zamawiającym. Jednak w zamówieniach publicznych nie można tego zrobić – umowę może zawrzeć tylko wykonawca, który złożył ofertę, czyli pełne konsorcjum. Zasada ta wywodzi się wprost z zasady wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. że zamówienia można udzielić tylko wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie mogą tego zmienić, jako sprzeczne z ustawą (art. 58 § 1 k.c.) żadne ustalenia zamawiającego z wykonawcą ani tym bardziej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zawarte czy to w umowie konsorcjalnej, czy poza nią. Zatem owego typu zobowiązania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można ustalić w drodze czynności prawnej. Argument Sądu Okręgowego w Słupsku zawarty w przywołanym przez zamawiającego wyroku, że zobowiązanie solidarne „przyjmuje się”, nie zasługuje na komentarz – zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W tej sytuacji, jak wskazano powyżej, nie wynika ona z ustawy, nie może wynikać z czynności prawnej i do tego trudno w ogóle mówić o zobowiązaniu.

W odniesieniu do argumentacji dotyczącej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie przystępującego w zakresie wniesienia wadium Izba stwierdziła, że interpretacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest ściśle związana z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza art. 45 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 i art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z pierwszym z tych przepisów zamawiający żąda wniesienia wadium od wykonawców, a więc wadium ma wnieść wykonawca. Pojęcie wykonawcy definiuje art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, a pojęcie wykonawcy w rozumieniu wykonawcy zbiorowego (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem w przypadku konsorcjum wykonawcą będą, jak wskazano już powyżej, wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zatem stwierdzenie w art. 45 ust. 1 „zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium” należy w takim przypadku rozumieć jako „zamawiający żąda od konsorcjum wniesienia wadium”. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może więc być uznana za błędną.

Izba nie widzi powodu, dla którego wymóg, by wykonawca poprawnie określił swoją nazwę lub skład osobowy/podmiotowy, miał być szczególnym wymogiem specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, który zamawiający musiałby specjalnie zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby potem móc tego wymagać.

Niezrozumiałe jest też twierdzenie o konieczności ustanawiania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia innych zasad wnoszenia wadium niż wskazał to ustawodawca. I jakkolwiek z praktycznego punktu widzenia często pożądanym jest, aby zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia różnorakie pouczenia dla wykonawców, nie można wymagać, by specyfikacja stanowiła wszechstronny wykład z zakresu prawa, bo nie taki jest jej cel. To wykonawca ma wiedzieć, kto w jego przypadku jest wykonawcą.

Izba podkreśla więc, iż nie ma innych zasad wnoszenia wadium dla wykonawców indywidualnie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – w obu wypadkach w gwarancji musi zostać wskazany oferent/wykonawca i do tego musi on zostać wskazany poprawnie – różnica ta będzie tylko taka, że w pierwszym przypadku będzie to nazwa jednego podmiotu, a w drugim dwóch lub więcej. Jest to sytuacja identyczna z tą, w której wykonawca indywidualny składa tylko jedno zaświadczenie z ZUS, a wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dla każdego z konsorcjantów. Nie jest to odmienne traktowanie wykonawców ani żadne szczególne zasady składania zaświadczeń.

Ewentualnie – w wersji minimum – w treści gwarancji może być wskazany co najmniej jeden wykonawca z zaznaczeniem, że oferta będzie złożona wraz z innym podmiotem lub podmiotami albo że będzie złożona w ramach konsorcjum, albo że podmiot zlecający wystawienie gwarancji działa jako pełnomocnik danych podmiotów.

W niniejszym przypadku treść gwarancji mogłaby więc brzmieć np. tak: „ponieważ City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o.” składają ofertę na usługę ochrony fizycznej...” albo „ponieważ City Security S.A. wraz z innymi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia składa ofertę na usługę ochrony fizycznej...”, albo „ponieważ City Security S.A. składa wspólnie z innymi podmiotami ofertę na usługę ochrony fizycznej...”, albo „ponieważ City Security S.A. w ramach konsorcjum składa ofertę na usługę ochrony fizycznej...”.

Również wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zdaniem Izby nie wprowadzają żadnych wyjątkowych zasad.

W odpowiedzi na pytanie 1. o treści: „Czy wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej może zostać wniesione przez lidera konsorcjum?” zamawiający wskazał: „Zamawiający dopuszcza wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej przez lidera konsorcjum”.

Wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zostało ustanowione przez gwaranta na wniosek lidera konsorcjum – City Security S.A. Izba nie badała, który podmiot faktycznie dokonał wniesienia wadium uznając, że nie ma to znaczenia wobec zasady, że wadium może wnieść każdy z konsorcjantów w całości, mogą wnieść je w częściach wszyscy lub niektórzy z nich, a nawet w ich imieniu podmiot trzeci – byleby tylko zostało wniesione poprawnie, w całości i w wyznaczonym terminie. Zresztą ani żadna ze stron, ani przystępujący nie twierdzili, że wadium zostało wniesione przez podmiot inny niż lider konsorcjum, zatem Izba za wystarczające w tym zakresie uznała złożone w trakcie rozprawy oświadczenia oraz przyznanie, zgodnie z art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pojęcie „wniesienia wadium” pojawia się kilkakrotnie w art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych, a kontekst, w jakim występuje, wskazuje, że chodzi o jego wniesienie do zamawiającego, czyli złożenie w siedzibie zamawiającego, wpłacenie pieniędzy na jego rachunek bankowy. Tak też pojęcie to jest pojmowane w piśmiennictwie i orzecznictwie – wniesieniem wadium nie jest więc jego ustanowienie (zawarcie umowy gwarancji), czy posiadanie przez wykonawcę gwarancji wadialnej albo zlecenie przelewu w banku wykonawcy. Wniesienie wadium jest przekazaniem go do rąk zamawiającego – uznanie kwoty pieniężnej przez bank zamawiającego przed upływem składania ofert albo doręczenie mu stosownego dokumentu, o którym mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie więc od ewentualnych, niewyrażonych na piśmie, intencji pytającego odpowiadającego, odpowiedź zamawiającego należy więc rozumieć w ten sam sposób, zgodnie z zasadami interpretacji wyrażonymi w art. 65 § 1 k.c.

Zamawiający dopuścił wniesienie wadium przez lidera konsorcjum, gdyż nie miał powodów ani podstaw, by taką opcję odrzucić.

Należy zwrócić uwagę, że sam fakt, że gwarancja wadialna została ustanowiona na żądanie lidera konsorcjum, przez niego opłacona czy przez niego wniesiona, nie był kwestionowany. Jest to poprawne. To, co jest błędne i było kwestionowane, to jedynie treść gwarancji.

To, że lider może wnieść wadium w postaci gwarancji, nie oznacza, że może to zrobić niepoprawnie. Zatem treść takiej gwarancji musi być prawidłowa – w tym wypadku powinna wskazać, że gwarancja dotyczy oferty konsorcjum, a nie jedynie oferty (własnej) lidera.

Podobny skutek nastąpiłby także, gdyby lider wnosząc wadium w formie pieniężnej wniósł je po terminie lub w niższej niż wymagana kwocie – to nie prawo lidera do wniesienia wadium byłoby kwestionowane, lecz poprawność tego wniesienia.

O tym, że pytania przystępującego oraz odpowiedzi zamawiającego nie można interpretować w inny sposób świadczy pośrednio również lakoniczna treść pytania i odpowiedzi. Kwestia

poprawnej treści gwarancji wadialnej wymagałaby, zdaniem Izby, inaczej sformułowanego zapytania i bardziej rozbudowanej odpowiedzi, tym bardziej, że odpowiedzi zamawiającego mają służyć nie tylko pytającemu, ale wszystkim wykonawcom, którzy nie wiedzą, co dany pytający miał na myśli, jeśli nie wynika to z treści pytania (i odpowiedzi).

Izba nie widzi też powodów, dla których pytający miałby się pytać o wniesienie wadium, a nie bezpośrednio o to, czy w treści gwarancji muszą być wymienieni wszyscy konsorcjanci, czy wystarczy tylko lider, skoro, jak twierdził podczas rozprawy przystępujący, przyczyną, dla której padło owo pytanie był właśnie spór toczący się o prawidłową treść gwarancji.

Poza tym zamawiający nie powinien zmieniać wskazań ustawowych (ustawy Prawo zamówień publicznych) w zakresie wadium – i z udzielonej odpowiedzi, zdaniem Izby, nie wynika też, by miał taki zamiar. Natomiast z punktu widzenia interesu zamawiającego, który ma być przez wadium chroniony, zamawiający nie powinien dobrowolnie i *a priori* zmniejszać zakresu ochrony, którą daje mu ustawa Prawo zamówień publicznych, poza innymi względami z tego powodu, że zamawiający jest jednostką organizacyjną sfery budżetowej podlegającą dyscyplinie finansów publicznych.

Co do pełnomocnictwa konsorcjalnego z 16 listopada 2015 r., zdaniem Izby, jego treść nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Izba nie widzi również potrzeby posiadania odrębnego pełnomocnictwa do zawarcia w imieniu konsorcjum umowy z gwarantem (z punktu widzenia stosunków z zamawiającym i udziału wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu nie ma to znaczenia), znaczenie to może mieć tylko dla wzajemnych rozliczeń wykonawców w przypadku regresu w stosunku do nich przez gwaranta po wypłacie zamawiającemu sumy wadialnej. Dla samego postępowania przetargowego nie jest bowiem szczególnie istotne to, do czego City Security S.A. była upoważniona przez konsorcjantów jako pełnomocnik czy lider konsorcjum w związku z wadium – jak wskazano powyżej mogła ona zlecić wystawienie ubezpieczycielowi gwarancji wadialnej, jak również ją wnieść do zamawiającego – ale to, w jaki sposób swoje czynności wykonała, czy też, dokładniej rzecz biorąc, jaka jest treść gwarancji (jest to jedyna istotna dla rozstrzygnięcia sporu okoliczność).

Z treści tej w żaden sposób nie wynika ani bezpośrednio, ani pośrednio, ani w drodze dozwolonej wykładni, że City Security S.A., niezależnie od posiadanego pełnomocnictwa, działała w imieniu innym niż własne i w celu złożenia oferty przez siebie indywidualnie, a tym samym, że udzielona gwarancja dotyczy oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o.

Tym samym gwarancja taka nie mogła zostać przez zamawiającego zaakceptowana, a wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia City Security S.A., City Security Services Sp. z o.o., City Security Group Sp. z o.o. i Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” Sp. z o.o. muszą zostać wykluczeni z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje wykluczenie wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert – przy czym, co jest niesporne w orzecznictwie i piśmiennictwie – dyspozycja ta obejmuje również wszystkie sytuacje, kiedy wniesione wadium jako wadliwe, nie może być przez zamawiającego zaakceptowane (wadium takie uznaje się za niewniesione).

Na marginesie powyższych rozważań warto przywołać wyrok Sądu Najwyższego dotyczący kwestii prawa żądania zwrotu wadium wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie przez konsorcjanta (wyrok z 13 października 2011 r., sygn. V CSK 475/10): „Zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia w związku z podniesionym w skardze kasacyjnej zarzutem naruszenia art. 46 ust. 2 p.z.p. w brzmieniu nadanym nowelą wrześniową z 2008 r. było ustalenie, kto jest wykonawcą, w rozumieniu tego przepisu, uprawnionym do żądania zwrotu wadium, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców wspólnie ubiegało się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 p.z.p.); w rezultacie zaś odpowiedź na pytanie, czy uprawnione było stanowisko Sądu Apelacyjnego, w myśl którego, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców jest reprezentowanych przez ustanowionego pełnomocnika, to jest on także uprawniony do żądania od zamawiającego zwrotu wadium wpłaconego przez wykonawcę wielopodmiotowego. (...) Pełnomocnikiem wykonawców może być osoba trzecia, lub – jak w sprawie niniejszej – lider Konsorcjum. Przy czym p.z.p. nie definiuje odrębnie <<wykonawcy wielopodmiotowego>>, lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum (...) Zdaniem Sądu Najwyższego w składzie niniejszym, to stanowisko jest w pełni przekonywające, co oznacza, że art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także – jak w sprawie niniejszej – w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także

z systemowego ukształtowania w p.z.p. wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie spółnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Reasumując: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 u.z.p.). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider Konsorcjum. A skoro w niniejszej sprawie powód nie wystąpił także w imieniu pozostałych konsorcjantów, jako ich pełnomocnik (choć nie było ku temu przeszkód), lecz w imieniu własnym, nie był podmiotem legitymowanym do dochodzenia zwrotu wadium.”

Wyrok powyższy został przywołany w uzupełnieniu argumentacji zawartej w uzasadnieniu, gdyż dotyczy kwestii zwrotu wadium, a nie etapu jego ustanowienia i wnoszenia oraz legitymacji procesowej członków konsorcjum. Jednak w wyroku tym Sąd wyraźnie wskazuje na konieczność wspólnego działania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (ich ujawnienia jako strony postępowania), także w przypadku, gdy w ich imieniu działa pełnomocnik (zresztą zasada, że aby czynność prawna wywarła skutki wobec mocodawcy, fakt działania przez pełnomocnika w imieniu mocodawcy a nie własnym musi zostać ujawniony, jest ogólną zasadą prawa cywilnego). Prawdopodobne jest więc, że takie samo stanowisko co do osoby wykonawcy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i konieczności jego wskazania w treści gwarancji zająłby Sąd Najwyższy również w kwestii wadium.

Można tu też zwrócić uwagę, że w przypadku postępowania odwoławczego, jak i postępowania skargowego nie jest negowane, wręcz przeciwnie – jest wymagane – by w treści odwołania, przystąpienia, skargi czy interwencji zostało oznaczone, że odwołującym, skarżącym itd. są wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (tak też wynika z przywołanego wyżej wyroku). Tym bardziej zastanawiający jest pogląd, że ta sama zasada ma się nie odnosić do gwarancji wadialnej.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....