

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Flisa 6 i net-o-logy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa - Urząd Dozoru Technicznego z siedzibą w Warszawie, ul. Szczęśliwicka 34**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Flisa 6 i net-o-logy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23 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 Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Flisa 6 i net-o-logy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23 tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozbudowa systemu kopii zapasowych dla Urzędu Dozoru Technicznego” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 252-734595 z dnia 30 grudnia 2022 r.

W dniu 17 marca 2023 r. zamawiający przekazał informację o unieważnieniu postępowania. W dniu 20 marca 2023 r. odwołanie wnieśli wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Flisa 6 i net-o-logy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Porcelanowa 23. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 marca 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu lidera wykonawców, który działał na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez partnera w dniu 14 lutego 2023 r. przez prezesa zarządu partnera, zgodnie z zasadami reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 20 marca 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy w związku z art. 98 ust. 6 ustawy oraz art. 445 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium, a w konsekwencji
- 2) art. 255 pkt 3) ustawy przez unieważnienie postępowania.

Wnioski odwołania

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania przez:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) nakazanie zamawiającemu uchylecia czynności unieważnienia Postępowania;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ bezpodstawne działania zamawiającego uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i przysługuje mu status wykonawcy. Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, które wchodzi w zakres ekonomicznego zainteresowania odwołującego, co zmanifestował on składając ofertę.

Natomiast bezpodstawne odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, oferta

ta zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w świetle kryteriów oceny ofert przewidzianych w SWZ i uznana za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu. W konsekwencji odwołującemu zostałyby udzielone zamówienie, którego dotyczy postępowanie. Natomiast odrzucenie oferty odwołującego oznacza, że może on ponieść szkodę w postaci utraconego zysku z realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Okoliczność, że przedmiot zamówienia określony w postępowaniu może być przedmiotem kolejnego postępowania, pogarsza sytuację odwołującego w stosunku do sytuacji, w której byłby odwołujący w przypadku uwzględnienia odwołania, albowiem w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący zrealizuje przedmiot zamówienia, natomiast uczestnictwo w kolejnym postępowaniu nie pozwala uznać, że odwołujący osiągnie w nim identyczny wynik.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane przy okazji powołania każdego z dowodów, a także ewentualnych dalszych dokumentów przedłożonych na rozprawie – na okoliczności wskazane przy okazji składania poszczególnych dokumentów.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, powołując się na nieprawidłowe wniesienie wadium przez odwołującego. Tzn. że wadium, które zostało wniesione w formie gwarancji bankowej, obejmuje jedynie Apex.IT sp. z o.o. (tj. jednego członka konsorcjum), podczas gdy oferta została złożona przez konsorcjum złożone ze spółek Apex.IT sp. z o.o. w Warszawie oraz net-o-logy sp. z o.o. w Katowicach. Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W ocenie odwołującego zamawiający bezpodstawnie jednak przyjął, że wadium zostało wniesione w nieprawidłowy sposób.

Zamawiający w rozdziale 10 SWZ pt. Wadium i zabezpieczenie należytego wykonania umowy wymagał wniesienia wadium w wysokości 260.000,00 zł w jednej lub kilku formach wskazanych w pkt 2, m.in. w formie gwarancji bankowej.

Zgodnie z pkt 4 „Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie Gwaranta/Poręczyciela do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy na pierwsze żądanie zapłaty, podpisane przez osobę upoważnioną oraz zawierające oświadczenie o podstawie do jego zatrzymania.” Z treści gwarancji bankowej (wadium) wystawionej przez ING Bank Śląski S.A. wynika, że: „Bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić każdą kwotę do wysokości PLN 260 000,00 na Państwa pierwsze pisemne żądanie zapłaty stwierdzające, że:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 – Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków

dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej; lub

2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.”

Przy czym jako Wykonawca została zdefiniowana spółka Apex.IT sp. z o.o. w Warszawie.

Zobowiązanie banku gwaranta obejmuje zatem wszystkie przypadki określone w treści art. 98 ust. 6 ustawy (tj. wszystkie sytuacje, w których gwarant jest uprawniony do żądania wypłaty sumy gwarancyjnej są określone identycznie jak w art. 98 ust. 6 ustawy). Bank określił również postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sumę gwarancyjną zgodną z regulacjami SWZ oraz zamawiającego jako beneficjenta z tytułu gwarancji. Jednocześnie z gwarancji wynika jednoznacznie, że zobowiązanie banku do wypłaty sumy gwarancyjnej jest bezwarunkowe, nieodwołalne i na pierwsze żądanie beneficjenta (zamawiającego). Tym samym gwarancja zabezpiecza wadium w sposób zgodny z art. 98 ust. 6 ustawy oraz z Rozdziałem 10 pkt 4 SWZ.

/dowód: gwarancja bankowa wystawiona przez ING Bank Śląski S.A. – na okoliczność przedmiotu zabezpieczenia/

Jednocześnie zamawiający nie określił szczególnych czy dodatkowych warunków wniesienia wadium w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wobec tego gwarancja wadialna została poprawnie sformułowana, odpowiada ona w pełni przepisom ustawy i spełnia funkcje wadium niezależnie od tego, wobec którego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ziszczą się warunki do zatrzymania wadium. Celem wniesienia wadium jest zabezpieczenie interesu zamawiającego i udzielona gwarancja spełnia ten warunek.

W orzecznictwie oraz w nauce prawa cywilnego utrwalony jest pogląd, że umowa konsorcjum pod względem kwalifikacji prawnej została zrównana z umową spółki cywilnej, z którą wykazuje wiele cech wspólnych, natomiast w art. 445 ust. 1 ustawy została określona solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum za wszelkie zobowiązania i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dotyczy to również zobowiązań związanych z wniesieniem i zatrzymaniem wadium, co wynika chociażby z art. 380 § 1 k.c. Zresztą, zgodnie z treścią art. 58 ust. 5 ustawy, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na zawarcie umowy konsorcjum przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tj. Apex.IT sp. z o.o. oraz net-o-logy sp. z o.o.), ich odpowiedzialność wobec zamawiającego jest solidarna także na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Skutki postępowania któregośkolwiek z członków konsorcjum, prowadzące do zatrzymania wadium, rozciągają się bowiem na wszystkich członków konsorcjum. Tj. odpowiadają oni solidarnie za konsekwencje:

1/ niezłożenia przez któregośkolwiek z nich stosownych dokumentów czy oświadczeń na żądanie zamawiającego,

2/ odmowę przez któregośkolwiek z nich podpisania umowy o zamówienie publiczne czy niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

3/ gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będzie możliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum.

Każdy z tych przypadków, jeżeli wynika z działania bądź zaniechania drugiego członka konsorcjum, będzie stanowić odpowiednio działanie bądź zaniechanie drugiego członka konsorcjum, a szczególnie Apex.IT sp. z o.o. jako Lidera konsorcjum.

Tym samym możliwe jest zatrzymanie wadium niezależnie od tego, wobec którego z członków konsorcjum ziszcza się warunki do zatrzymania wadium.

Ponadto Apex.IT sp. z o.o. jako Lider konsorcjum, zgodnie z treścią pełnomocnictwa udzielonego przez net-o-logy sp. z o.o., jest umocowany m.in. do wniesienia całego wymaganego przez zamawiającego wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy także w imieniu Mocodawcy. Wynika to wyraźnie z pkt 5 tego pełnomocnictwa.

/dowód: pełnomocnictwo udzielone przez net-o-logy sp. z o.o. – na okoliczność upoważnienia lidera konsorcjum do wniesienia całości wadium/

W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, cyt: „Wykonawca Apex.IT Sp. z o.o. nie złożył samodzielnie oferty w przedmiotowym postępowaniu, lecz uczynił to wraz z drugim podmiotem, działając w ramach konsorcjum z wykonawcą Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice. Nie ma zatem tożsamości podmiotów po stronie wykonawcy, tj. wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których jedynie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy wskazanego w treści gwarancji.

Wobec uzasadnionych wątpliwości co do uzyskania świadczenia od Gwaranta, powodowanej określeniem podmiotu, którego ofertę zobowiązał się zabezpieczyć Gwarant jako wyłącznie Apex.IT Sp. z o.o.,”

Zamawiający pominął jednak okoliczność, że oferta złożona przez Apex. IT Sp. z o.o. i net-o-logy Sp. z o.o. jest ofertą wspólną a Apex.IT Sp. z o.o. pełni rolę reprezentanta obu wykonawców. W konsekwencji:

1) wezwania, o których mowa w art. 107 ust.2, art. 128 ust.1 będą kierowane do Apex.IT Sp. z o.o.

2) odmowa podpisania umowy lub wniesienia zabezpieczenia umowy także będą kierowane do Apex.IT Sp. z o.o.

- co oznacza, że odpowiednio niewykonanie wezwań oraz odmowy będą z każdym przypadku stanowić odpowiednio niewykonanie wezwań lub odmowę Apex.IT Sp. z o.o. i stanowić podstawę do zatrzymania wadium.

Równocześnie przypadek niemożności zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy z racji wspólnej oferty obu wykonawców zawsze będzie okolicznością leżącą po stronie Apex.IT Sp. z o.o., gdyż:

a) wezwanie do zawarcia Umowy może zostać skierowane wyłącznie do Apex.IT Sp. z o.o. jako reprezentanta wykonawców;

b) wspólność oferty przesądza o tym, że przyczyna niemożności podpisania umowy dotycząca neto-logy Sp. z o.o. zawsze kwalifikowana będzie jako przyczyna leżąca po stronie Apex.IT Sp. z o.o.

Zgodnie z treścią art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, 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.

Przy czym, jak przyjmuje się w orzecznictwie oraz w doktrynie, nieodwołalna i bezwarunkowa gwarancja bankowa ma charakter abstrakcyjny, a bank nie dokonuje merytorycznej oceny zgłoszonego żądania zapłaty, w szczególności nie bada, czy roszczenia beneficjenta faktycznie powstały (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23.01.2019 r. VII AGa 1005/18, zgodnie z którym „Gwarancja nieodwołalna i bezwarunkowa ma charakter abstrakcyjny, nieakcesoryjny, co powoduje, że spełnienie wynikającego z niej świadczenia przez gwaranta nie może być uzależnione od merytorycznej zasadności żądania zapłaty, a zatem wykazania istnienia zobowiązania, z którego świadczenie gwarant ma zaspokoić, gwarant może tylko uzależnić swój obowiązek świadczenia od spełnienia przez beneficjenta warunków wskazanych w treści gwarancji i tylko w razie ich niespełnienia może odmówić zaspokojenia interesu beneficjenta gwarancji.”

Tym samym, w przypadku wystąpienia z zadaniem wypłaty sumy gwarancyjnej, bank nie jest uprawniony do merytorycznej weryfikacji roszczenia.

Wobec tego, nawet jeśli przyczyna zatrzymania wadium zaistniałaby po stronie drugiego członka konsorcjum, to zamawiający może złożyć żądanie gwarancji zgodnie z treścią gwarancji, wskazując, że przyczyna zatrzymania wadium dotyczy wykonawcy określonego w

treści gwarancji (tj. Apex.IT sp. z o.o.), a bank będzie obowiązany do wypłaty sumy gwarancyjnej.

W takim przypadku członkowie konsorcjum nie mieliby podstaw do dochodzenia od zamawiającego zwrotu wypłaconej sumy gwarancyjnej, skoro celem gwarancji jest zabezpieczenie oferty jako złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (nawet jeśli została wniesiona tylko przez lidera konsorcjum).

W konsekwencji, w ocenie odwołującego nie jest konieczne wymienienie w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a brak wskazania drugiego z członków konsorcjum (net-o-logy sp. z o.o.) nie pozbawia gwarancji wadialnej jej celu, jakim jest zabezpieczenie interesów zamawiającego w razie zaistnienia któregoś z przypadków określonych w art. 98 ust. 6 ustawy.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem sądów żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej zgodnej z treścią gwarancji jest wystarczającą przesłanką wypłaty a bank-gwarant nie jest uprawniony do merytorycznego badania okoliczności wskazanych w żądaniu. W konsekwencji złożenie przez zamawiającego żądania zapłaty obejmującego stwierdzenie, że zostały spełnione przesłanki zatrzymania wadium spowoduje powstanie po stronie zamawiającego wierzytelności o wypłatę sumy gwarancyjnej a po stronie banku-gwaranta zobowiązanie do jej wypłacenia, bez względu na to który z członków konsorcjum spowodował konieczność zatrzymania wadium. Odwołujący przytoczył VII AGa 1005/18 - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, VI ACa 1879/16 - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, I ACa 83/18 - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, I ACa 635/16 - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, I ACa 516/16 - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, II CKN 402/98 - Wyrok Sądu Najwyższego.

Powyższe stanowisko potwierdza ukształtowane orzecznictwo (powstałe przede wszystkim na gruncie poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych, które jest aktualne również obecnie z uwagi na analogiczne brzmienie obecnych przepisów). W szczególności:

- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17
- wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., sygn. XXIII Ga 1313/15
- wyrok KIO 38/22 z dnia 25 stycznia 2022 r.
- wyrok KIO 2789/15 z dnia 12 stycznia 2016 r.
- wyrok KIO 336/15 z dnia 5 marca 2015 r.
- por. również nowsze wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 25 marca 2019 r., KIO 392/19, z dnia 12 listopada 2019 r., KIO 2175/19, z dnia 6 lutego 2020 roku, KIO 126/20, z dnia 11 lutego 2020 r., KIO 159/20, z dnia 3 marca 2020 r., KIO 361/20, z dnia 28 maja 2020 r., KIO 590/20, z dnia 24 czerwca 2020 r., KIO 818/20, z dnia 8 grudnia 2020 r., KIO

2978/20, z dnia 22 grudnia 2020 r., KIO 3208/20, z dnia 26 stycznia 2021 r., KIO 3466/20, KIO 3468/20, z dnia 9 lutego 2021 r., KIO 3493/20,

- wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 5 lutego 2009 r., KIO/UZP 99/09, z dnia 4 maja 2011 r., KIO 810/11, z dnia 11 lipca 2013 r., KIO 1546/13, z dnia 6 czerwca 2013 r., KIO 1232/13, KIO 1233/13, z dnia 12 czerwca 2013 r., KIO 1289/13, z dnia 3 września 2013 r., KIO 2033/13, z dnia 15 kwietnia 2014 r., KIO 649/14, KIO 655/14, z dnia 6 sierpnia 2014 r., KIO 1501/14; KIO 1518/14; KIO 1531/14, z dnia 27 sierpnia 2014 r., KIO 1633/14, z dnia 30 września 2014 r., KIO 1897/14, z dnia 4 listopada 2014 r., KIO 2182/14, z dnia 5 marca 2015 r., KIO 336/15, z dnia 19 kwietnia 2016 r., KIO 510/16, z dnia 3 czerwca 2016 r., KIO 808/16, z dnia 11 października 2016 r., KIO 1795/16,

- wyroki sądów powszechnych: Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 7 września 2005 r., VI Ca 527/05, Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., II Ca 489/06, Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r., XIX Ga 408/07, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2008 r., V Ca 903/08, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 5 marca 2009 r., X Ga 25/09, Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. IV Ca 357/15.

W konsekwencji nieuzasadnione było również unieważnienia przez zamawiającego postępowania, skoro oferta odwołującego została odrzucona z naruszeniem ustawy.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że zamawiający na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne ma możliwość powtórzenia dotychczasowych czynności i zmiany decyzji, jeśli uzna, że zachodzą do tego podstawy. Por. wyrok KIO z dn. 23.09.2010 r., KIO/UZP 1939/10.

W dniu 20 marca 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Zamawiający w dniu 29 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości w trybie art. 553 ustawy.

Zamawiający podtrzymał w całości czynności objęte zarzutami odwołania, tj. odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, jak również w konsekwencji, odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie postępowania jako dokonane w sposób zgodny z ustawą oraz dokumentacją postępowania i ofertą oraz wadium w formie gwarancji bankowej wniesionym w postępowaniu przez wykonawcę.

Odnosząc się do zarzutów odwołania zamawiający wskazał na następujące kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności.

Zamawiający wymagał w postępowaniu wniesienia wadium w wysokości 260 000 zł.

SWZ postępowania zgodnie z Ustawy dopuszczała możliwość wniesienia wadium w formie m.in. gwarancji bankowej.

Odwołujący złożył jako wykonawca w dniu 16.02.2023 r. w postępowaniu ofertę wspólną w ramach konsorcjum wykonawców w składzie:

Apex.IT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum),
net-o-logy Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)

Wykonawcą w postępowaniu nie jest zatem Apex.IT Sp. z o.o. samodzielnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, ale wykonawcy wspólnie ubiegający się w ramach konsorcjum. Status wykonawcy w rozumieniu ustawy przysługuje zatem wyłącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Wykonawca złożył wraz z ofertą pełnomocnictwo konsorcjalne datowane na dzień 14.02.2023 r.

Zgodnie z jego treścią Partner konsorcjum - net-o-logy Sp. z o.o. udzielił w dniu 14.02.2023 r. pełnomocnictwa na rzecz Apex.IT Sp. z o.o. uprawniającego pełnomocnika w reprezentacji mocodawcy w toku postępowania i realizacji umowy na przedmiot postępowania. Zakres umocowania obejmował, od dnia wystawienia pełnomocnictwa, w szczególności (pkt 5) upoważnienie do wniesienia wadium także w imieniu mocodawcy.

Apex.IT Sp. z o.o. wystąpił przed dniem 9.02.2023 r. (data wystawienia gwarancji wadium) do ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, przy ul. Sokolskiej 34, 40-086 Katowice (dalej jako „ING”) o wystawienie gwarancji wadium przetargowej, w związku z zamiarem samodzielnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w postępowaniu.

Jak wynika z preambuły Gwarancji – ING nr KLG86021IN23 (dalej jako „Gwarancja”) jako Gwarant został poinformowany przez Apex.IT Sp. z o.o. o zamiarze złożenia w postępowaniu przez ten właśnie podmiot samodzielnej oferty przetargowej.

Zgodnie z preambułą Gwarancji, Gwarant informuje, że:

Zostaliśmy poinformowani, że APEX.IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, UL. MARCINA FLISA 6, 02-247 WARSZAWA, zwany dalej "Wykonawcą", zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest "ROZBUDOWA SYSTEMU KOPII ZAPASOWYCH DLA URZĘDU DOZORU TECHNICZNEGO"; znak postępowania: ZP-DI-87/22.

Uwzględniając chronologię czynności, tj.:

- 1) Wystawienie Gwarancji na rzecz Apex.IT Sp. z o.o. w dniu 9.02.2023 r.
- 2) Udzielenie pełnomocnictwa konsorcjalnego przez net-o-logy Sp. z o.o. w dniu 14.02.2023 r.

na dzień wystawienia Gwarancji przez ING Gwarant nie miał świadomości (co wynika wprost z treści Gwarancji), że wbrew treści informacji jakie uzyskał od Apex.IT Sp. z o.o. (zlecenia wystawienia gwarancji), Apex.IT Sp. z o.o. nie zamierza ubiegać się o zamówienie samo-

dzielnie jako wykonawca w postępowaniu, ale wspólnie w ramach konsorcjum z innym wykonawcą

- net-o-logy Sp. z o.o.

Brak wiedzy Gwaranta na temat zamiaru wspólnego ubiegania się o zamówienie w postępowaniu przez Apex.IT Sp. z o.o. z jakimkolwiek innym podmiotem na dzień wystawienia Gwarancji potwierdza treść korespondencji zamawiającego z Gwarantem.

Gwarant oświadczeniem z dnia 13.03.2023 r. skierowanym do zamawiającego oświadczył wprost, że dopiero w dniu 6.03.2023 r. (termin składania ofert upłynął w dniu 16.02.2023 r.) Apex.IT Sp z o.o. zlecił Gwarantowi wystawienie Aneksu nr 1 do Gwarancji, w którego treści Gwarant miał oświadczać, że:

W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 09.03.2023, informujemy, że na zlecenie naszego Klienta APEX.IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, UL.MARCINA FLISA 6, 02-247 WARSZAWA w dniu 06.03.2023 ING Bank Śląski S.A. wystawił aneks nr 1 do gwarancji KLG86021IN23, zgodnie z którym:

„Zostaliśmy poinformowani, że Konsorcjum firm (zwane dalej „Zobowiązany”) w składzie: Apex.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa, NIP:5213617218 (Lider Konsorcjum) oraz Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice, NIP: 9542470020, Oddział w Warszawie, ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (Uczestnik Konsorcjum) zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest „ROZBUDOWA SYSTEMU KOPII ZAPASOWYCH DLA URZĘDU DOZORU TECHNICZNEGO; znak postępowania: ZPDI-87/22.”

Skoro zatem dopiero w dniu 6.03.2023 r. Gwarant na zlecenie Apex.IT Sp. z o.o. wystawił Aneks do Gwarancji to zlecenie wystawienia Gwarancji stanowiące podstawę wystawienia złożonej w przetargu Gwarancji nie zawierało żadnych informacji o przewidywanym zamiarze wspólnego ubiegania się zleceniodawcy o zamówienie.

Powyższa wyklucza możliwość, aby na dzień złożenia oferty w postępowaniu Gwarancja mogła zabezpieczać ofertę innego podmiotu niż sam zleceniodawca Gwarancji, tj. Apex.IT Sp. z o.o. Zarówno Apex.IT Sp. z o.o. jako zleceniodawca Gwarancji, jak również sam Gwarant uznali zatem za konieczne dla możliwości i skuteczności uznania objęcia ochroną oferty Konsorcjum dokonanie zmiany treści Gwarancji. Przy czym zmiana Gwarancji została dokonana 18 dni po terminie złożenia oferty w postępowaniu, co wyklucza, aby Gwarancja w jej obowiązującym w postępowaniu brzmieniu mogła skutecznie zabezpieczać ofertę Konsorcjum.

Powyższe wyklucza możliwość uznania, że Gwarancja zabezpieczała na dzień jej wystawienia i złożenia w postępowaniu ofertę Konsorcjum.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy:

Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Zgodnie z art. 97 ust. 10 ustawy:

Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Powyższe potwierdza, że wadium w postępowaniu musi być dla swojej skuteczności wniesione najpóźniej przed terminem składania ofert w postępowaniu, a zatem w przedmiotowej sprawie najpóźniej do dnia 16.02.2023 r. do godziny 11:00.

Powyższe regulacje ustawy wprost wykluczają możliwość dokonania skutecznej zmiany treści wniesionej gwarancji po terminie złożenia oferty w przetargu. W tej sytuacji ocena skuteczności wniesienia wadium jest w świetle art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy dokonywana przy uwzględnieniu regulacji art. 97 ust. 5 oraz 10 ustawy. Za całkowicie bezskuteczne uznać należy jakiegokolwiek próby dokonywania modyfikacji treści gwarancji wadium dokonywane na etapie po upływie terminu składania ofert w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o całkowite pominięcie w orzekaniu treści Aneksu nr 1 do Gwarancji z dnia 6.03.2023 r. jako niezłożonego wraz z upływem terminu składania ofert w postępowaniu (Aneks nr 1 został dostarczony zamawiającemu w dniu 14.03.2023 r.).

Przedmiotem Aneksu nr 1 jest zasadnicza zmiana treści Gwarancji polegająca na zmianie podmiotów, których ofertę ma zabezpieczać wystawiona w dniu 9.02.2023 r. Gwarancja.

W ocenie zamawiającego, zmiana będąca przedmiotem Aneksu nr 1 w kontekście bezwzględnej cezury czasowej wniesienia wadium, o której mowa w art. 97 ust. 5 ustawy, nie może sanować wadliwie wystawionej i niezmodyfikowanej do terminu składania oferty w postępowaniu gwarancji.

Ostatecznym momentem na ewentualne dokonanie modyfikacji treści Gwarancji był dzień 16.02.2023 r., tj. dzień upływu terminu złożenia oferty przez konsorcjum w postępowaniu.

Akceptacja możliwości dokonywania zmian w treści Gwarancji wadium już po terminie złożenia ofert w postępowaniu stanowiłaby niebezpieczny precedens otwarcia niedozwolonej przez ustawy procedury uzupełniania wadium w postępowaniu po terminie składania ofert.

Pamiętać dodatkowo należy, że mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym - zarówno w odniesieniu do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, ale przede wszystkim Gwaranta – banku wystawcy Gwarancji.

W ocenie zamawiającego, charakter Gwarancji wadium w postępowaniu, jak również regulacje ustawy wykluczają jednoznacznie dopuszczalność uzupełniania gwarancji wadium po terminie złożenia ofert w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego, uwzględniając regulację art. 97 ust. 5 Ustawy uznać należy próby uzupełniania wadium za bezskuteczne.

Zamawiający wskazał ponadto, że treść złożonej w postępowaniu i jedynej, która może być uwzględniana przez zamawiającego w trakcie oceny ofert Gwarancji, jednoznacznie wskazuje, że obejmuje ona tylko jeden podmiot – zleceniodawcę wystawienia Gwarancji i wykonawcę Apex.IT Sp. z o.o.

Lektura treści Gwarancji potwierdza, że ani wprost, ani w dorozumiany choćby sposób nie obejmuje ona oferty innego podmiotu składającego ofertę w przetargu niż wyłącznie Apex.IT Sp. z o.o.

Zgodnie z treścią Gwarancji:

Zostaliśmy poinformowani, że APEX.IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, UL. MARCINA FLISA 6,02-247 WARSZAWA, zwany dalej "Wykonawcą", zamierza przystąpić do przetargu ...

Treść Gwarancji nie wskazuje, aby chodziło o ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, ale jedynie ofertę składaną samodzielnie przez Apex.IT Sp. z o.o., który jak wynika z dokumentacji postępowania, ostatecznie nie złożył w przetargu samodzielnej oferty, ale ofertę razem z innym wykonawcą.

Dalsza treść Gwarancji wskazuje:

„(„Bank”), niniejszym zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić każdą kwotę do wysokości PLN 260 000,00 na Państwa pierwsze pisemne żądanie zapłaty stwierdzające, że:

- 1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 – Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej; lub
- 2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.”

Odpowiedzialność Gwaranta z treści Gwarancji odnosi się wyłącznie do działań i zaniechań w ten sposób zidentyfikowanego wykonawcy – samodzielnie ubiegającego się o zamówienie Apex.IT Sp. z o.o., a nie konsorcjum wykonawców.

Gwarant dopiero w dniu 06.03.2023 r. wystawił Aneks nr 1 do Gwarancji, w którym rozszerzył swoją odpowiedzialność wobec obydwu wykonawców wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, jednak stało się to już post factum, co wprost potwierdza brzmienie Aneksu nr 1: Zostaliśmy poinformowani, że Konsorcjum firm (zwane dalej „Zobowiązanym”) w składzie: Apex.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa, NIP:5213617218 (Lider Konsorcjum) oraz Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice, NIP: 9542470020, Oddział w Warszawie, ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (Uczestnik Konsorcjum) zamierza przystąpić do przetargu ...

Gwarant, jak wynika z chronologii czynności, jak również treści Aneksu nr 1, dopiero w dniu 6.03.2023 r. został poinformowany przez Apex.IT Sp. z o.o., że ten, wbrew wystawionej Gwarancji, nie ubiegał się (czas przeszły - moment złożenia oferty w postępowaniu upłynął 16.02.2023 r.) o zamówienie jako wykonawca sam i nie złożył samodzielnej oferty, ale złożył ofertę z innym wykonawcą i dopiero wtedy dokonał zmiany Gwarancji.

Gwarancja w jej obowiązującej w postępowaniu od terminu złożenia przez Konsorcjum oferty, nie zabezpiecza oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a wyłącznie jednego z nich, tj. Apex.IT Sp. z o.o.

Na uwagę zasługuje fakt, że zamawiający jest w posiadaniu gwarancji wadialnej wystawionej przez ING Bank Śląski S.A. dla konsorcjum w innym prowadzonym postępowaniu dotyczącym „Ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitoringu sygnałów alarmowych w obiektach Urzędu Dozoru Technicznego”.

Z wystawionej przez Bank gwarancji wynika wprost, że Gwarant w takim przypadku potwierdza swoją wiedzę o wspólnym ubieganiu się o zamówienie kilku wykonawców, dając temu wprost wyraz w treści gwarancji, w której czytamy:

Zostaliśmy poinformowani, że Konsorcjum firm (zwany dalej "Wykonawcą"), w składzie: ERA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie, ul. Katowicka 16B (Lider Konsorcjum) oraz NOVIA Spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie, ul. Paderewskiego 34 (Partner Konsorcjum), zamierza przystąpić do przetargu ...

Analogiczna treść pojawiła się po złożeniu ofert w aktualnym przetargu, co potwierdza, że na dzień złożenia ofert wadium nie zabezpieczało oferty konsorcjum i dla uzyskania tego skutku konieczna byłaby modyfikacja treści gwarancji i przekazanie treści aneksu przed terminem złożenia ofert w postępowaniu.

Odnosząc się do powołanego przez odwołującego orzecznictwa, zarówno Izby jak i sądów powszechnych, w tym w szczególności Sądu Zamówień Publicznych, Zamawiający wskazuje w szczególności na następujące okoliczności oraz orzecznictwo:

Odwołujący nietrafnie powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 roku - sygn. akt: IV CSK 86/17. Sąd Najwyższy wskutek skargi kasacyjnej Prezesa UZP uchylił zażalenie wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Gdańsku do ponownego rozpo-

znania i rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy w Gdańsku (sygn. akt XII Ga 555/18) biorąc pod uwagę wytyczne Sądu Najwyższego sprawę ponownie rozpoznał i w dniu 27 lutego 2019 roku obie skargi ponownie oddalił.

Sąd Okręgowy w Gdańsku potwierdził, że rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta za działania lub zaniechania ewentualnych, nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy (który zlecił udzielenie gwarancji), musi znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji i może nastąpić na poniższe sposoby, które sprecyzował Sąd Okręgowy w Gdańsku w Wyroku z dnia 27 lutego 2019 r. (XII Ga 555/18), tj. poprzez:

1. wskazanie, że przez „wykonawcę” lub „dającego zlecenie” należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w dokumencie gwarancji, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę;
2. wskazanie przejęcia przez gwaranta odpowiedzialności za okoliczności leżące po stronie nie tylko zleceniobiorcy, ale również „podmiotów powiązanych” czy „współwykonawców”;
3. zaznaczenie, że wykonawca/dający zlecenie działa bądź zamierza działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów;
4. rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta poza wskazane „przyczyny leżące po stronie zleceniodawcy/wykonawcy” na przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie „jest odpowiedzialny”.

W przedmiotowej sprawie żadna ze wskazanych sytuacji nie wystąpiła, a Gwarancja nie dotyczy i nie obejmuje odpowiedzialności Gwaranta za działania/zaniechania innych podmiotów niż Apex.IT Sp. z o.o.

W celu objęcia odpowiedzialnością Gwaranta podmiotu innego niż Wykonawca wskazany w treści samej Gwarancji, konieczne stało się dokonanie zmiany treści Gwarancji i rozszerzenie kręgu podmiotów objętych ochroną w ramach wystawionej gwarancji, co jednak nastąpiło dopiero w dniu 6.03.2023 r. i nie mogło odnosić się do terminu złożenia oferty w postępowaniu.

Stanowisko powyższe prezentuje orzecznictwo KIO – przykładowo wyrok w sprawie KIO 662/20 z dnia 24.06.2020 r. Izba dokonała w tym orzeczeniu wyraźnego rozróżnienia czynności wniesienia wadium od ustanowienia wadium uznając, że wniesienie wadium przez należycie umocowanego wykonawcę (co w analizowanej sprawie było poza sporem bowiem treść pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum nie była kwestionowana) nie może być utożsamiane ze skutecznością ustanowienia wadium, tj. należywym zabezpieczeniem interesów zamawiającego. KIO słusznie stwierdziła, że wadium w formie gwarancji wtedy tylko jest prawidłowo wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy jej treść sugeruje wielość podmiotów występujących po „stronie wykonawczej”, np.

przez wymienienie wszystkich członków konsorcjum, bądź wskazanie, że wykonawca wskazany w treści gwarancji działa jako pełnomocnik, lider konsorcjum, etc.

Zamawiający wskazuje także, za wyrokiem sygn. akt KIO 3254/20 z dnia 19.01.2021 r., gdzie przedmiotem rozpoznania Izby była gwarancja ING Bank Śląski S.A. (analogicznej treści jak złożona w przedmiotowym postępowaniu) wystawiona na jednego członka konsorcjum.

Izba wskazała w orzeczeniu:

... 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 wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę /zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę. Natomiast treść gwarancji bankowej z dnia 15 września 2020 r. przedłożonej przez Konsorcjum nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, iż Gwarant miał wiedzę, że wykonawca Trintab Arteria Management sp. z o.o., sp. k. będzie składał ofertę w postępowaniu jako jeden z uczestników Konsorcjum, czy chociażby działał jako umocowany pełnomocnik tego Konsorcjum. Co więcej z treści przedłożonego przez Przystępującego na rozprawie dowodu wprost wynika, że Gwarant do dnia 22 grudnia 2020 r. nie miał wiedzy w tym zakresie. Powyższe potwierdza również treść gwarancji, z której wynika, że to tylko sam wykonawca Trintab składa ofertę w niniejszym postępowaniu.

... próżno szukać w treści gwarancji ubezpieczeniowej (...) takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecającego jako lidera konsorcjum. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie zleceniobiorcy, i leżące po "jego" stronie (nie "ich", czy "podmiotów powiązanych" czy "współwykonawców"), jako podmiotu w sposób pełny i kompletny zdefiniowanego już w komparcji gwarancji ubezpieczeniowej.

... Skład orzekający uznał, że przedłożone przez Przystępującego na rozprawie oświadczenie gwaranta z dnia 14 stycznia 2021 r., że odpowiedzialnością gwaranta objęte są działania i zaniechania Konsorcjum firm: Trintab Arteria Management Sp. z o.o. Sp. k., ADS Sp. z o.o.

z siedzibą lidera w Warszawie zostało wystawione już po upływie terminu składania ofert, a zatem nie było przedłożone Zamawiającemu wraz z ofertą, co pozwoliłoby Zamawiającemu uznać złożoną gwarancję wadialną za prawidłową i potwierdziłoby okoliczność, że Gwarant miał wiedzę że wykonawca Trintab działa w imieniu Konsorcjum. Co istotne, w ramach zgłoszonego zarzutu Izba zobowiązana była do dokonania wykładni oświadczeń woli stron ale jedynie w oparciu o treść dokumentu wadialnego a nie jego treść wraz z późniejszym dokumentem pochodzącym od gwaranta, który został przedłożony przez Przystępującego dopiero w toku rozprawy ...

Stanowisko Izby zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych - sygn. akt XXIII Zs 25/21 z dnia 20.04.2021 r.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2023 r. - KIO 242/23 KIO 305/23 Izba wskazała, że nawet pełnomocnictwo sprzed wystawienia gwarancji, jak i inne dokumenty, np. wniosek o wystawienie gwarancji, byłyby bez znaczenia dla treści samej gwarancji wadialnej. ... Na podstawie treści powyższej gwarancji ani nie sposób stwierdzić, że ujawnia ona Zamawiającemu jako uprawnionemu wolę Gwaranta objęcia zaciągniętym zobowiązaniem zabezpieczenia oferty złożonej wspólnie przez Foxan i DMPRI F. W. Nic nie wnosi w tym zakresie ani złożone wraz z ofertą pełnomocnictwa konsorcjalne ani złożony na rozprawie wypełniony „Wniosek o zawarcie umowy o gwarancję ubezpieczeniową kontraktową”. Z datowanego na 23 listopada 2022 r. pełnomocnictwa wynika jedynie umocowanie Foxanu do „wniesienia wymaganego przez zamawiającego wadium”, co w oczywisty sposób nie odnosi się do tego, czy korzystając z tego uprawnienia Foxan dopilnował, aby treść gwarancji była prawidłowa. Jednocześnie oczywiste jest, że takie postanowienie umowne nie stało na przeszkodzie, a chronologia zdarzeń wręcz sprzyjała temu, aby wskazać w komparycji gwarancji jako wykonawców składających ofertę Konsorcjum Foxan ...

Skład orzekający w powyższej sprawie nie dopatrył się żadnego ze wspomnianych powyżej elementów. Przeciwnie, w ocenie KIO treść spornej gwarancji nie pozostawiała wątpliwości, że mianem wykonawcy określono wyłącznie jednego z dwóch wykonawców wchodzących w skład odwołującego się konsorcjum (lidera konsorcjum) oraz, że bank przyjął odpowiedzialność gwarancyjną tylko za ziszczenie się przesłanek zatrzymania wadium względem tak oznaczonego wykonawcy. Tym samym, pomimo jednoznacznego stanowiska samego banku, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że udzielając gwarancji bank zobowiązał się względem zamawiającego do spełnienia wynikającego z niej świadczenia również w przypadku, w którym podstawa odpowiedzialności gwaranta związana będzie z innym niż lider podmiotem (tj. z drugim konsorcjantem).

Analogiczne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w orzeczeniu z dnia 24 maja 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 31/21) wskazując, że zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny i nieakcesoryjny, co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielania gwarancji.

„był gwarancji bankowej jest niezależny od stosunku podstawowego, jaki łączy beneficjenta z osobą, za którą gwarant gwarantuje. Jego zakres wyznaczony jest zatem treścią dokumentu gwarancyjnego, który ma podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta. Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielania gwarancji.”

Sąd podkreślił w wyroku, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z treści gwarancji, a sama gwarancja, jako zobowiązanie abstrakcyjne, musi być czytelna i jasna.

„wskazać w konsekwencji należy, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Konieczność oceny prawidłowości wadium na podstawie złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom, dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który dla zamawiającego korzystnie lub nie zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium. Wobec powyższego gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna.”

Sąd wskazał, że treść gwarancji wadialnej modelowo powinna obejmować wszystkich członków konsorcjum. Sąd dopuścił również mniej restrykcyjne podejście, polegające na niewskazywaniu „z nazwy” wprost wszystkich wykonawców, jednak pod określonymi warunkami (stanowisko zbieżne z powołanym orzeczeniem SO w Gdańsku).

„Treść gwarancji bankowej powinna nie tylko obejmować wszystkie przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy, ale powinna też z punktu widzenia modelowo sporządzonej gwarancji bankowej, wskazywać wykonawcę, a więc oba podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego. (...)”

Niemniej sąd okręgowy dostrzega potrzebę dopuszczenia pewnych odstępstw w tym zakresie i wobec tego wystarczające byłoby powołanie się w gwarancji na zwrot "konsorcjum". Jednakowoż sporna gwarancja bankowa obejmuje jedynie firmę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w T. bez oznaczenia, iż działa ona w ramach konsorcjum. Co więcej, w gwarancji bankowej wskazano, że wykonawca ma zamiar złożyć "ofertę", a nie wspólną ofertę, co mogłoby również sygnalizować fakt wystawienia gwarancji na konsorcjum. Istotnym

zatem jest, że całokształt okoliczności związanych ze złożeniem oferty przesądzać musi o prawidłowości złożenia wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej na jednego z konsorcjantów. (...)"

Sąd w orzeczeniu podkreślił, że wyłącznie rozstrzygającą o odpowiedzialności gwaranta jest treść samej gwarancji - tym samym nie mają w tym zakresie znaczenia odpowiedzialność solidarna wykonawców czy też umowa konsorcjalna.

„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 na okoliczności dotyczące relacji zamawiającego z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie jest skuteczne względem gwaranta. W konsekwencji nieprawidłowe jest stanowisko KIO, że dla zakresu odpowiedzialności gwaranta z tytułu wystawionej gwarancji bankowej decydujące znaczenie miała solidarna odpowiedzialność lidera i partnera konsorcjum w relacji z zamawiającym czy też treść umowy konsorcjum (...)"

Sąd wyjaśnił, dlaczego tak istotne, z punktu widzenia gwaranta, jest to, by wiedział jakie podmioty są objęte udzieloną przez niego gwarancją - wynika to bowiem z charakteru prowadzonej przez nich zarobkowej działalności i szacowanego ryzyka. Objęcie gwarancją innego podmiotu niż wskazany wprost w treści gwarancji, istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta, co nie było przez niego kalkulowane.

„Podkreślenia wymaga, że udzielenie gwarancji jest czynnością odpłatną i gwarant udziela 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 a zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Reasumując, wyłącznie od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie, iż obejmowała także przyczyny, za które inny niż Wykonawca członek konsorcjum jest odpowiedzialny. Podkreślić należy, iż ewentualne przyjęcie objęcia gwarancją innego podmiotu niż wskazany wprost w treści gwarancji, nawet członka konsorcjum, istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta, co nie było przez niego kalkulowane."

Sąd wskazał również, że nie można wywodzić prawidłowości gwarancji nieobejmującej wszystkich konsorcjantów z faktu, iż gwarancja jest bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie. W ocenie Sądu gwarant mógłby bronić się przed żądaniem wypłaty powołując się na nadużycie przez wierzyciela gwarancji celu zabezpieczenia, jak również wykorzystując konstrukcję naruszenia umowy gwarancyjnej.

„Ostatecznie wskazać należy, że prawidłowość gwarancji nieobejmującej wszystkich członków konsorcjum nie może być 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. Odpowiedzialność gwaranta z gwarancji bezwarunkowej nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji. Nie jest zatem tak, że z uwagi na fakt, że zobowiązanie gwaranta wynikające z gwarancji opatrzonej klauzulami: "bezwarunkowo", "nieodwołalnie" i "na pierwsze żądanie" jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, samodzielny i nieakcesoryjnym a gwarant nie może bronić się przed żądaniem zapłaty. Ryzyko gwaranta nie może obejmować okoliczności nieprzewidzianych w umowie. Gwarant może powołać się na nadużycie przez wierzyciela gwarancji celu zabezpieczenia, ale może też wykorzystać konstrukcję naruszenia umowy gwarancyjnej. W konsekwencji nie można wykluczyć, że gwarant podniósłby, w sytuacji zobowiązania do zapłaty, zarzut braku swojej odpowiedzialności za działania i zaniechania (...) spółki z o.o.

w T., bowiem podmiot nie w żaden sposób nie jest objęty gwarancją banku."

Podsumowując:

1. W przetargu Gwarancja została wystawiona i obejmuje wyłącznie ofertę wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o., zaś ofertę złożyło w przetargu konsorcjum firm Apex.IT Sp. z o.o. oraz Net-o-logy Sp. z o.o.
2. Treść Gwarancji nie wskazuje, ani wprost ani nawet w dorozumiany sposób, aby zabezpieczała ofertę wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie.
3. Gwarant wystawiając Gwarancję nie miał wiedzy, że oferta w postępowaniu będzie składana przez konsorcjum, co znalazło potwierdzenie w treści samej Gwarancji, jak również wystawionym w dniu 6.03.2023 r. Aneksie nr 1 do Gwarancji.
4. Na dzień złożenia oferty w postępowaniu Gwarancja nie dotyczyła oferty Konsorcjum.
5. Wadium nie może być wniesione po terminie składania ofert w przetargu, a zatem za niedozwolone i bezskuteczne uznać należy próby dokonywania zmiany treści Gwarancji, w tym tak zasadniczych danych jak podmioty, których ofertę zabezpiecza gwarancja bankowa po terminie składania ofert.
6. Pełnomocnictwo konsorcjalne upoważniające Lidera do złożenia wadium w imieniu Mocodawcy zostało wystawione po terminie wystawienia Gwarancji, co wyklucza, aby mogło obejmować w dacie jego wystawienia ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

7. Konsorcjum wykonawców w składzie: Apex.IT Sp. z o.o. oraz net-o-logy Sp. z o.o., wniosło wadium w postępowaniu w sposób nieprawidłowy.

8 Wadium w gwarancji bankowej złożonej w postępowaniu nie zabezpiecza interesów zamawiającego w sposób należyty i nie gwarantuje, że w przypadku gdyby okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium wystąpiły zamawiający miałby pewność wypłaty sumy wadialnej.

W związku z powyższym, zamawiający podtrzymuje w mocy decyzję o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego i w konsekwencji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, oferty odwołującego, wezwania z dnia 9 marca 2023 r. do ING Bank Śląski SA, odpowiedzi udzielonej w dniu 13 marca 2023 r., wezwania skierowanego do odwołującego w dniu 13 marca 2023 r. i odpowiedzi udzielonej w dniu 14 marca 2023 r., informacji o unieważnieniu postępowania, gwarancji nr KLG79695IN22.

Na podstawie tych dowodów ustalono, co następuje:

W SWZ w zakresie wadium zamawiający zawarł następujące postanowienia:

10. WADIUM I ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

1. Wymagane jest wniesienie wadium w wysokości: 260 000,00 zł.
2. Wykonawca wnosi wadium w jednej lub kilku następujących formach:
 - a) w pieniądzu (wadium w formie pieniężnej należy wnieść przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego: 73 1130 1017 0020 1214 7720 0038 - Bank Gospodarstwa Krajowego – Swift BGK: GOSKPLPW zaznaczając w tytule przelewu: Wadium - rozbudowa systemu kopii zapasowych - nr ZP-DI-87/22;
 - b) gwarancjach bankowych;
 - c) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - d) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz.U.2020 poz. 299 ze zm.).
3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 2 pkt b)-d), Wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.
4. Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie Gwaranta/Poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okoliczno-

ściach określonych w art. 98 ust. 6 USTAWY na pierwsze żądanie zapłaty, podpisane przez osobę upoważnioną oraz zawierające oświadczenie o podstawie do jego zatrzymania.

5. Termin wniesienia wadium upływa wraz z terminem składania ofert.
6. Wadium wnoszone w formie innej niż pieniądź Wykonawca składa wraz z ofertą poprzez Platformę zakupową.
7. Wadium wnoszone w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie składania ofert znajdzie się na rachunku bankowym Zamawiającego.
8. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.
9. Zamawiający zwraca wadium, zgodnie z warunkami określonymi w art. 98 ust. 1 i 2 USTAWY.
10. Zamawiający zatrzymuje wadium na warunkach określonych w art. 98 ust. 6 USTAWY.

Odwołujący załączył do oferty następujące dokumenty:

W dniu 9 lutego 2023 r. ING Bank Śląski wystawił na Beneficjenta Urząd Dozoru Technicznego w Warszawie Gwarancja nr KLG86021IN23 i oświadczył:

Zostaliśmy poinformowani, że APEX.IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, UL. MARCINA FLISA 6, 02-247 WARSZAWA, zwany dalej "Wykonawcą", zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest "ROZBUDOWA SYSTEMU KOPII ZAPASOWYCH DLA URZĘDU DOZORU TECHNICZNEGO"; znak postępowania: ZP-DI-87/22. Wiadomo nam także, iż warunki przetargowe przewidują, że wadium może zostać wniesione w formie gwarancji bankowej.

W związku z powyższym, ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, przy ul. Sokolskiej 34, 40-086 Katowice, wpisany do Rejestru Przedsiębiorców w Sądzie Rejonowym Katowice-Wschód w Katowicach Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000005459, o kapitale zakładowym w kwocie 130.100.000,00 zł oraz kapitale wpłaconym w kwocie 130.100.000,00 zł, NIP 634-013-54-75 („Bank”), niniejszym zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić każdą kwotę do wysokości PLN 260 000,00 na Państwa pierwsze pisemne żądanie zapłaty stwierdzające, że:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 – Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej; lub

2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Żądanie zapłaty musi zostać doręczone do Banku w formie:

a) papierowej na adres: ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, albo

b) autoryzowanego komunikatu przekazanego przez bank prowadzący Państwa rachunek za pośrednictwem systemu SWIFT na adres INGBPLPW, albo

c) dokumentu dołączonego do wiadomości e-mail wysłanej na adres lg@ing.pl opatrzonego kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy pomocy kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z warunkami określonymi ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

Dla celów identyfikacyjnych:

a) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie a) musi zawierać także potwierdzenie banku prowadzącego Państwa rachunek lub notarialne, iż zostało ono podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu. Jeżeli bankiem prowadzącym Państwa rachunek jest ING Bank Śląski S.A., w/w potwierdzenie podpisów nie będzie wymagane, jednakże żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, lub

b) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie b) musi zawierać potwierdzenie banku prowadzącego Państwa rachunek, iż zostało ono podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, wraz z potwierdzeniem tegoż banku, że jest on w posiadaniu oryginału Żądania zapłaty oraz że zawiadomienie przesłane przez ten bank za pośrednictwem systemu SWIFT dokładnie oddaje treść Żądania zapłaty, lub

c) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie c) musi być podpisane przez osoby uprawnione zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS lub zawierać dokument potwierdzający umocowanie osób podpisujących żądanie lub pełnomocnictwa opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy pomocy kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z warunkami określonymi ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

W przypadku dokonania wypłaty w ramach niniejszej gwarancji, kwota zobowiązania Banku zostanie automatycznie zmniejszona o wartość dokonanej wypłaty.

Gwarancja wchodzi w życie w dniu 2023-02-16.

Gwarancja obowiązuje do 2023-05-16 („Termin ważności gwarancji”), przy czym żądanie zapłaty Beneficjenta może wpłynąć do Banku w terminie do 7 dni od upływu Terminu ważności gwarancji, tj. do dnia 2023-05-23.

Odpowiedzialność Banku wygasa:

a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie do dnia 2023-05-23, lub

b) w przypadku zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu do którego najpóźniej musi wpłynąć żądanie zapłaty Beneficjenta, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub

c) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub

d) w przypadku złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty.

Niniejsza gwarancja nie podlega cesji.

Gwarancja została sporządzona według prawa polskiego.

Do wszelkich praw i obowiązków wynikających z tej gwarancji stosuje się prawo Rzeczypospolitej Polskiej.

Podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym za ING Bank Śląski S.A.

Magdalena Czarnicka - Pełnomocnik ING Bank Śląski S.A.

Łukasz Kasznia - Pełnomocnik ING Bank Śląski S.A.

Odwołujący wraz z ofertą przedstawił zamawiającemu również dwa pełnomocnictwa:

Warszawa, dnia 14 lutego 2023 roku

PEŁNOMOCNICTWO

W związku z podjęciem decyzji o wspólnym ubieganiu się o zamówienie Urzędu Dozoru Technicznego („Zamawiający”) pod nazwą „ROZBUDOWA SYSTEMU KOPII ZAPASOWYCH DLA URZĘDU DOZORU TECHNICZNEGO” ZP-DI-87/22 („Zamówienie”) („Postępowanie”); net-o-logy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach KRS 0000189671 („Mocodawca”) udziela pełnomocnictwa na rzecz Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, KRS: 0000396267, („Pełnomocnik”), uprawniającego Pełnomocnika w reprezentacji Mocodawcy w toku Postępowania i realizacji umowy na przedmiot Postępowania, w szczególności:

1/ dokonywania w imieniu Mocodawcy wszystkich czynności prawnych i faktycznych, składania oświadczenia wiedzy i woli w toku Postępowania o realizacji umowy na przedmiot Zamówienia;

2/ podpisania, parafowania i złożenia w imieniu Mocodawcy oferty wraz z załącznikami (co dotyczy zarówno oferty wstępnej jak i ostatecznej oraz wniosków o dopuszczenie do Postę-

powania – jeżeli są przewidziane przepisami Postępowania), a także udziału a aukcji elektronicznej (jeżeli dotyczy),

3/ składania w imieniu Mocodawcy wszelkich oświadczeń wiedzy i woli wynikających z praw i obowiązków Mocodawcy w toku Postępowania i powszechnych przepisów prawa i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń związanych z Postępowaniem, w tym poświadczania kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem, zadawania pytań, składania wyjaśnień i uzupełnień dotyczących treści oferty oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych przez Mocodawcę w związku z Postępowaniem,

4/ wnoszenia w imieniu Mocodawcy procesowych, w tym środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami warunkami Postępowania powszechnymi przepisami prawa oraz reprezentowania Mocodawcy na posiedzeniach i rozprawach w związku z powyższymi pismami i środkami,

5/ wniesienia wadium także w imieniu Mocodawcy i zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

6/ prowadzenie korespondencji w związku z Postępowaniem,

Pełnomocnik jest niniejszym upoważniony do udzielenia dalszych pełnomocnictw w zakresie jak wyżej.

W imieniu net-o-logy Sp. z o.o.

Wojciech Muras

Warszawa, dnia 14.02.2023 r.

PEŁNOMOCNICTWO

APEX.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, adres: ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000396267, NIP: 5213617218, REGON: 145491853, reprezentowana przez:

Małgorzata Krasuska – Prezes Zarządu zwana dalej: „Spółką”

Zgodnie z wydrukiem odpowiadającym aktualnemu wypisowi KRS Spółki na dzień udzielenia pełnomocnictwa.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Rozbudowa systemu kopii zapasowych dla Urzędu Dozoru Technicznego”, znak postępowania: ZP-DI-87/22 (zwanym dalej: „Postępowaniem”) prowadzonym przez Urząd Dozoru Technicznego (zwanym dalej: „Zamawiającym”).

działając jako Lider Konsorcjum ww. postępowaniu, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14.02.2023 r. udzielonego przez net-o-logy Sp. z o.o.

Spółka niniejszym upoważnia

Karolinę Kęsikowską, legitymującą się dowodem osobistym nr DAV 442095 do reprezentowania Spółki w postępowaniu, w szczególności do:

1. podpisania i złożenia oferty oraz wszelkich innych pism w postępowaniu,
2. poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów załączonych do oferty lub wszelkich innych pism w postępowaniu,
3. zawarcia i podpisania w imieniu i na rzecz Konsorcjum umowy z Zamawiającym, w przypadku wybrania oferty Konsorcjum przez Zamawiającego,
4. wniesienia wadium lub innego zabezpieczenia wykonania umowy z Zamawiającym,
5. prowadzenia negocjacji i wszelkiej korespondencji z Zamawiającym związanej z Postępowaniem, między innymi zadawania pytań Zamawiającemu, składania wszelkich protestów i odwołań, odbierania korespondencji, wyjaśniania oferty Konsorcjum,
6. sporządzania i wnoszenia wszelkich środków ochrony prawnej,
7. reprezentowania Konsorcjum we wszelkich postępowaniach przez sądami lub innymi organami państwowymi.

Przedmiotem pełnomocnictwa jest także przedsięwzięcie przez pełnomocnika wszelkich czynności o charakterze prawnym i technicznym mających na celu skuteczność czynności, do których pełnomocnik jest upoważniony. Pełnomocnictwo upoważnia do udzielania dalszych pełnomocnictw oraz dokonywania czynności prawa materialnego.

Niniejsze pełnomocnictwo udzielone zostaje na czas nieokreślony i jest ważne do momentu jego odwołania.

Małgorzata Krasuska, Prezes Zarządu

W dniu 9 marca 2023 r. zamawiający wystąpił do ING Bank Śląski S.A. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień:

Zamawiający - Urząd Dozoru Technicznego, prosi o złożenie wyjaśnień w zakresie treści wystawionej przez Państwa Gwarancji wadialnej nr KLG86021IN23 z dnia 09.02.2023 r. na rzecz wykonawcy APEX.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa, w ramach przetargu, którego przedmiotem jest „Rozbudowa systemu kopii zapasowych dla Urzędu Dozoru Technicznego”; znak postępowania: ZP-DI-87/22.

W/w wykonawca złożył w przedmiotowym przetargu ofertę wraz z innym wykonawcą jako konsorcjum firm: Apex.IT Sp. z o.o. / Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa / ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice.

W związku z powyższym, prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa zobowiązania wynikające z treści Gwarancji nr KLG86021IN23 z dnia 09.02.2023 r. dotyczą również członka konsorcjum: Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice.

Wyjaśnienia należy złożyć do dnia 15.03.2023 r. na adres e-mail: przetargi@udt.gov.pl (podpisane przez wystawców Gwarancji, czyli panią Magdalenę Czarnecką - Pełnomocnika ING Bank Śląski S.A. oraz pana Łukasza Kasznia - Pełnomocnika ING Bank Śląski S.A.).

W załączeniu:

- 1) Gwarancja nr KLG86021IN23
- 2) Pełnomocnictwo konsorcjum (pkt 5);

W dniu 13 marca 2023 r. ING Bank Śląski SA udzielił zamawiającemu następujących wyjaśnień:

Szanowni Państwo,

W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 09.03.2023, informujemy, że na zlecenie naszego Klienta APEX.IT SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, UL.MARCINA FLISA 6, 02-247 WARSZAWA w dniu 06.03.2023 ING Bank Śląski S.A. wystawił aneks nr 1 do gwarancji KLG86021IN23, zgodnie z którym:

„Zostaliśmy poinformowani, że Konsorcjum firm (zwane dalej „Zobowiązany”) w składzie: Apex.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa, NIP:5213617218 (Lider Konsorcjum) oraz Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice, NIP: 9542470020, Oddział w Warszawie, ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (Uczestnik Konsorcjum) zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest “ROZBUDOWA SYSTEMU KOPII ZAPASOWYCH DLA URZĘDU DOZORU TECHNICZNEGO”; znak postępowania: ZPDI-87/22..”

Z wyrazami szacunku
ING Bank Śląski S.A.

W dniu 13 marca 2023 r. Zamawiający - Urząd Dozoru Technicznego, poprosił odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie treści wystawionej przez ING BANK ŚLĄSKI S.A. Gwarancji wadialnej nr KLG86021IN23 z dnia 09.02.2023 r. w ramach przetargu, którego przedmiotem jest „Rozbudowa systemu kopii zapasowych dla Urzędu Dozoru Technicznego”; znak postępowania: ZP-DI-87/22.

- 1) Gwarancja w dniu 09.02.2023 r. została wystawiona tylko na rzecz wykonawcy APEX.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa;
- 2) Oferta została złożona w dniu 16.02.2023 r. przez konsorcjum firm: Apex.IT Sp. z o.o. / Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa / ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice;
- 3) Do oferty załączono Pełnomocnictwo konsorcjum z 14.02.2023 r., w którym w pkt. 5 umocowano Lidera konsorcjum: APEX.IT Sp. z o.o. do wniesienia wadium;

4) W dniu 13.03.2023 r. do Zamawiającego wpłynęły wyjaśnienia z ING BANK ŚLĄSKI S.A., z których wynika, że dopiero w dniu 06.03.2023 r. Bank wystawił aneks nr 1 do gwarancji KLG86021IN23, gdzie wpisane zostało konsorcjum firm, a dopisany w aneksie uczestnik konsorcjum to: Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice, NIP: 9542470020, Oddział w Warszawie, ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa;

5) Zamawiający nie otrzymał przedmiotowego aneksu;

W związku z powyższym, prosił o złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie.

Zwrócił jednocześnie uwagę, że Gwarancja z 09.02.2023 r. do dnia 06.03.2023 r. była wystawiona tylko na jednego wykonawcę, tj. APEX.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa. Wyjaśnienia należy złożyć do dnia 15.03.2023 r.

W dniu 14 marca 2023 r. odwołujący wyjaśnił, co następuje:

Szanowni Państwo,

W związku z otrzymaniem wezwania z dnia 13 marca 2023 roku uprzejmie informujemy co następuje

1) Zamawiający w rozdziale 10 SWZ pt. Wadium i zabezpieczenie należytego wykonania umowy wymagał wniesienia wadium w wysokości 260.000,00 zł w jednej lub kilku formach wskazanych w pkt 2, m.in. w formie gwarancji bankowej.

Zgodnie z pkt 4 „Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie Gwaranta/Poręczyciela do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 USTAWY na pierwsze żądanie zapłaty, podpisane przez osobę upoważnioną oraz zawierające oświadczenie o podstawie do jego zatrzymania.”

Z treści gwarancji bankowej (wadialnej) wystawionej przez ING Bank Śląski S.A. wynika, że: „Bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić każdą kwotę do wysokości PLN 260 000,00 na Państwa pierwsze pisemne żądanie zapłaty stwierdzające, że:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 – Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej; lub

2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.”

Przy czym jako Wykonawca została zdefiniowana spółka Apex.IT sp. z o.o. w Warszawie.

Zobowiązanie banku gwaranta obejmuje zatem wszystkie przypadki określone w treści art. 98 ust. 6 Ustawy (tj. wszystkie sytuacje, w których gwarant jest uprawniony do żądania wypłaty sumy gwarancyjnej są określone identycznie jak w art. 98 ust. 6 Ustawy). Bank określił również postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sumę gwarancyjną zgodną z regulacjami SWZ oraz zamawiającego jako beneficjenta z tytułu gwarancji. Jednocześnie z gwarancji wynika jednoznacznie, że zobowiązanie banku do wypłaty sumy gwarancyjnej jest bezwarunkowe, nieodwołalne i na pierwsze żądanie beneficjenta (Zamawiającego). Tym samym gwarancja zabezpiecza wadium w sposób zgodny z art. 98 ust. 6 Ustawy oraz z Rozdziałem 10 pkt 4 SWZ.

Jednocześnie Zamawiający nie określił szczególnych czy dodatkowych warunków wniesienia wadium w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wobec tego gwarancja wadium została poprawnie sformułowana, odpowiada ona w pełni przepisom Ustawy i spełnia funkcje wadium niezależnie od tego, wobec którego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ziszcza się warunki do zatrzymania wadium. Celem wniesienia wadium jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego i udzielona gwarancja spełnia ten warunek.

2) W orzecznictwie oraz w nauce prawa cywilnego utrwalony jest pogląd, że umowa konsorcjum pod względem odpowiedzialności prawnej została zrównana z przepisami dotyczącymi spółki cywilnej, z którą wykazuje wiele cech wspólnych, natomiast w art. 445 ust. 1 Ustawy została określona solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum za wszelkie zobowiązania i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dotyczy to również zobowiązań związanych z wniesieniem i zatrzymaniem wadium, co wynika chociażby z art. 380 § 1 k.c. Zresztą, zgodnie z treścią art. 58 ust. 5 Ustawy, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na zawarcie umowy konsorcjum przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tj. Apex.IT sp. z o.o. oraz net-o-logy sp. z o.o.), ich odpowiedzialność wobec Zamawiającego jest solidarna także na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Skutki postępowania któregośkolwiek z członków konsorcjum, prowadzące do zatrzymania wadium, rozciągają się bowiem na wszystkich członków konsorcjum. Tj. odpowiadają oni solidarnie za konsekwencje:

1/ niezłożenia przez któregośkolwiek z nich stosownych dokumentów czy oświadczeń na żądanie Zamawiającego,

2/ odmowę przez któregośkolwiek z nich podpisania umowy o zamówienie publiczne czy niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

3/ gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będzie możliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum.

Każdy z tych przypadków, jeżeli wynika z działania bądź zaniechania drugiego członka konsorcjum, będzie stanowić odpowiednio działanie bądź zaniechanie drugiego członka konsorcjum, a szczególnie Apex.IT sp. z o.o. jako Lidera konsorcjum.

Tym samym możliwe jest zatrzymanie wadium niezależnie od tego, wobec którego z członków konsorcjum ziszcza się warunki do zatrzymania wadium.

3) Ponadto Apex.IT sp. z o.o. jako Lider konsorcjum, zgodnie z treścią pełnomocnictwa udzielonego przez net-o-logy sp. z o.o., jest umocowany m.in. do wniesienia całego wymaganego przez Zamawiającego wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy także w imieniu Mocodawcy. Wynika to wyraźnie z pkt 5 tego pełnomocnictwa.

/dowód: pełnomocnictwo udzielone przez net-o-logy sp. z o.o. – na okoliczność upoważnienia lidera konsorcjum do wniesienia całości wadium/

4) Zgodnie z treścią art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, 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.

Przy czym, jak przyjmuje się w orzecznictwie oraz w doktrynie, nieodwołalna i bezwarunkowa gwarancja bankowa ma charakter abstrakcyjny, a bank nie dokonuje merytorycznej oceny zgłoszonego żądania zapłaty, w szczególności nie bada, czy roszczenia beneficjenta faktycznie powstały (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23.01.2019 r. VII AGa 1005/18, zgodnie z którym „Gwarancja nieodwołalna i bezwarunkowa ma charakter abstrakcyjny, nieakcesoryjny, co powoduje, że spełnienie wynikającego z niej świadczenia przez gwaranta nie może być uzależnione od merytorycznej zasadności żądania zapłaty, a zatem wykazania istnienia zobowiązania, z którego świadczenie gwarant ma zaspokoić, gwarant może tylko uzależnić swój obowiązek świadczenia od spełnienia przez beneficjenta warunków wskazanych w treści gwarancji i tylko w razie ich niespełnienia może odmówić zaspokojenia interesu beneficjenta gwarancji.”

Tym samym, w przypadku wystąpienia z zadaniem wypłaty sumy gwarancyjnej, bank nie jest uprawniony do merytorycznej weryfikacji roszczenia, niezależnie od okoliczności stanowiących podstawę żądania wypłaty.

Wobec tego, nawet jeśli przyczyna zatrzymania wadium zaistniałaby po stronie drugiego członka konsorcjum, to Zamawiający może złożyć żądanie gwarancji zgodnie z treścią gwarancji, wskazując, że przyczyna zatrzymania wadium dotyczy wykonawcy określonego w treści gwarancji (tj. Apex.IT sp. z o.o.), a bank będzie obowiązany do wypłaty sumy gwaran-

cyjnej. W takim przypadku członkowie konsorcjum nie mieliby podstaw do dochodzenia od Zamawiającego zwrotu wypłaconej sumy gwarancyjnej, skoro celem gwarancji jest zabezpieczenie oferty jako złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (nawet jeśli została wniesiona tylko przez lidera konsorcjum). W konsekwencji, w ocenie Apex.IT Sp. z o.o. nie jest konieczne wymienienie w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a brak wskazania drugiego z członków konsorcjum (net-o-logy sp. z o.o.) nie pozbawia gwarancji wadialnej jej celu, jakim jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego w razie zaistnienia któregoś z przypadków określonych w art. 98 ust. 6 Ustawy.

5) Powyższe stanowisko potwierdza ukształtowane orzecznictwo (powstałe przede wszystkim na gruncie poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych, które jest aktualne również obecnie z uwagi na analogiczne brzmienie obecnych przepisów). W szczególności:

- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17: „Gwarancja wadialna może obejmować tylko jednego członka konsorcjum wykonawczego.”; przy czym w uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że:

„Sąd Okręgowy błędnie ocenił, iż obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza wadium, nie mają charakteru solidarnego. Wniosku takiego nie uzasadnia brak wyraźnej regulacji ustawowej w tym względzie ani rozumowanie a contrario na podstawie art. 141 p.z.p. Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, 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 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie.”

- wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., sygn. XXIII Ga 1313/15: „(...) To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl.). Powyższe zaś oznacza, że w razie wezwania pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków

ków przez któregośkolwiek uczestnika, zwłaszcza lidera konsorcjum oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania przez zamawiającego wadium niezależnie od tego, kto w gwarancji wadium został wymieniony jako wykonawca”.

- wyrok KIO 38/22 z dnia 25 stycznia 2022 r. (wydany już na gruncie obecnie obowiązującej Ustawy); z uzasadnienia: „(...) sam fakt niewskazania w treści gwarancji, że dany podmiot działa w imieniu konsorcjum nie przesądza automatycznie o jej wadliwości i nie oznacza, że w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania wypłaty wadium, występujących po stronie członka konsorcjum niewymienionego w treści dokumentu, ubezpieczyciel takiej wypłaty odmówi (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2434/20, KIO 2437/20, wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2978/20, wyrok z dnia 19 października 2021 r., sygn. akt KIO 2658/21). Treść gwarancji powinna podlegać wykładni na podstawie art. 65 k.c., a ocena w tym zakresie winna być dokonywana w sposób zindywidualizowany, tj. z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy. Wskazać również trzeba, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (czyli lidera) jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum. Zgodnie z art. 58 ust. 1 i 5 ustawy Ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stosownie zaś do art. 445 ust. 1 ustawy Ustawy wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”

- wyrok KIO 2789/15 z dnia 12 stycznia 2016 r.: „1. Brak wskazania wszystkich członków konsorcjum w dokumencie gwarancji nie świadczy o braku wniesienia wadium. Za wadium skutecznie wniesione na gruncie p.z.p. należy uznać wadium, które zostało wniesione: przed upływem terminu składania ofert, w wymaganej wysokości, w formie przewidzianej w p.z.p., a w przypadku wadium wniesionego w formie innej niż pieniężna dodatkowo: spełnia wymagania wynikające z odrębnych przepisów, zostało wniesione w oryginale.”

- wyrok KIO 336/15 z dnia 5 marca 2015 r.: „1. Nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 p.z.p. przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

2. Członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków

konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.”

- por. również nowsze wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 25 marca 2019 r., KIO 392/19, z dnia 12 listopada 2019 r., KIO 2175/19, z dnia 6 lutego 2020 roku, KIO 126/20, z dnia 11 lutego 2020 r., KIO 159/20, z dnia 3 marca 2020 r., KIO 361/20, z dnia 28 maja 2020 r., KIO 590/20, z dnia 24 czerwca 2020 r., KIO 818/20, z dnia 8 grudnia 2020 r., KIO 2978/20, z dnia 22 grudnia 2020 r., KIO 3208/20, z dnia 26 stycznia 2021 r., KIO 3466/20, KIO 3468/20, z dnia 9 lutego 2021 r., KIO 3493/20,

- wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 5 lutego 2009 r., KIO/UZP 99/09, z dnia 4 maja 2011 r., KIO 810/11, z dnia 11 lipca 2013 r., KIO 1546/13, z dnia 6 czerwca 2013 r., KIO 1232/13, KIO 1233/13, z dnia 12 czerwca 2013 r., KIO 1289/13, z dnia 3 września 2013 r., KIO 2033/13, z dnia 15 kwietnia 2014 r., KIO 649/14, KIO 655/14, z dnia 6 sierpnia 2014 r., KIO 1501/14; KIO 1518/14; KIO 1531/14, z dnia 27 sierpnia 2014 r., KIO 1633/14, z dnia 30 września 2014 r., KIO 1897/14, z dnia 4 listopada 2014 r., KIO 2182/14, z dnia 5 marca 2015 r., KIO 336/15, z dnia 19 kwietnia 2016 r., KIO 510/16, z dnia 3 czerwca 2016 r., KIO 808/16, z dnia 11 października 2016 r., KIO 1795/16,

- wyroki sądów powszechnych: Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 7 września 2005 r., VI Ca 527/05, Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., II Ca 489/06, Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r., XIX Ga 408/07, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2008 r., V Ca 903/08, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 5 marca 2009 r., X Ga 25/09, Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. IV Ca 357/15.

6) Niezależnie od argumentacji powołanej w pkt 1) do 5) i bez naruszenia wniosków z niej wynikających, Apex.IT Sp. z o.o. w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego co do możliwości zatrzymania wadium na wypadek zaistnienia okoliczności dotyczących także drugiego członka konsorcjum wystąpił do ING Bank Śląski do doprecyzowania treści gwarancji bankowej w taki sposób, aby z jej treści wprost wynikało powołane uprawnienie.

/dowód: Aneks nr 1 do gwarancji bankowej/

Treść aneksu:

Katowice, 2023-03-06

Urząd Dozoru Technicznego

Ul. Szczęśliwicka 34

02-353 Warszawa

„Beneficjent”

Aneks nr 1

do Gwarancji nr KLG86021IN23 wystawionej dnia 2023-02-09

za zobowiązania konsorcjum firm: Apex.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa, NIP:5213617218 (Lider Konsorcjum) oraz Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice, NIP: 9542470020, Oddział w Warszawie, ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (Uczestnik Konsorcjum)

My, ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, przy ul. Sokolskiej 34, 40-086 Katowice, wpisany do Rejestru Przedsiębiorców w Sądzie Rejonowym Katowice-Wschód w Katowicach Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000005459, o kapitale zakładowym w kwocie 130.100.000,00 zł oraz kapitale wpłaconym w kwocie 130.100.000,00 zł, NIP 634-013-54-75, niniejszym wykreślamy dotychczasową treść Gwarancji nr KLG86021IN23 i wprowadzamy treść Gwarancji o następującym brzmieniu:

Cytat

Urząd Dozoru Technicznego

Ul. Szczęśliwicka 34

02-353 Warszawa

„Beneficjent”

Gwarancja nr KLG86021IN23

Zostaliśmy poinformowani, że Konsorcjum firm (zwane dalej „Zobowiązany”) w składzie: Apex.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa, NIP:5213617218 (Lider Konsorcjum) oraz Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice, NIP: 9542470020, Oddział w Warszawie, ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (Uczestnik Konsorcjum) zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest “ROZBUDOWA SYSTEMU KOPPII ZAPASOWYCH DLA URZĘDU DOZORU TECHNICZNEGO”; znak postępowania: ZP-DI-87/22. Wiadomo nam także, iż warunki przetargowe przewidują, że wadium może zostać wniesione w formie gwarancji bankowej.

W związku z powyższym, ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, przy ul. Sokolskiej 34, 40-086 Katowice, wpisany do Rejestru Przedsiębiorców w Sądzie Rejonowym Katowice-Wschód w Katowicach Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000005459, o kapitale zakładowym w kwocie 130.100.000,00 zł oraz kapitale wpłaconym w kwocie 130.100.000,00 zł, NIP 634-013-54-75 („Bank”), niniejszym zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić każdą kwotę do wysokości PLN 260 000,00

na Państwa pierwsze pisemne żądanie zapłaty stwierdzające, że:

- 1) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 – Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej; lub
- 2) Zobowiązany, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego, którego oferta została wybrana.

Żądanie zapłaty musi zostać doręczone do Banku w formie:

- a) papierowej na adres: ul. Sokolska 34, 40-086 Katowice, albo
- b) autoryzowanego komunikatu przekazanego przez bank prowadzący Państwa rachunek za pośrednictwem systemu SWIFT na adres INGBPLPW, albo
- c) dokumentu dołączonego do wiadomości e-mail wysłanej na adres lg@ing.pl opatrzonego kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy pomocy kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z warunkami określonymi ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

Dla celów identyfikacyjnych:

- a) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie a) musi zawierać także potwierdzenie banku prowadzącego Państwa rachunek lub notarialne, iż zostało ono podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu. Jeżeli bankiem prowadzącym Państwa rachunek jest ING Bank Śląski S.A., w/w potwierdzenie podpisów nie będzie wymagane, jednakże żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, lub
- b) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie b) musi zawierać potwierdzenie banku prowadzącego Państwa rachunek, iż zostało ono podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, wraz z potwierdzeniem tegoż banku, że jest on w posiadaniu oryginału Żądania zapłaty oraz że zawiadomienie przesłane przez ten bank za pośrednictwem systemu SWIFT dokładnie oddaje treść Żądania zapłaty, lub
- c) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie c) musi być podpisane przez osoby uprawnione zgodnie ze sposobem reprezentacji

ujawnionym w KRS lub zawierać dokument potwierdzający umocowanie osób podpisujących żądanie lub pełnomocnictwa opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy pomocy kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z warunkami określonymi ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

W przypadku dokonania wypłaty w ramach niniejszej gwarancji, kwota zobowiązania Banku zostanie automatycznie zmniejszona o wartość dokonanej wypłaty.

Gwarancja wchodzi w życie w dniu 2023-02-16.

Gwarancja obowiązuje do 2023-05-16 („Termin ważności gwarancji”), przy czym żądanie zapłaty Beneficjenta może wpłynąć do Banku w terminie do 7 dni od upływu Terminu ważności gwarancji, tj. do dnia 2023-05-23.

Odpowiedzialność Banku wygasa:

a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie do dnia 2023-05-23, lub

b) w przypadku zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu do którego najpóźniej musi wpłynąć żądanie zapłaty Beneficjenta, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub

c) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub

d) w przypadku złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty.

Niniejsza gwarancja nie podlega cesji.

Gwarancja została sporządzona według prawa polskiego.

Do wszelkich praw i obowiązków wynikających z tej gwarancji stosuje się prawo Rzeczypospolitej Polskiej.

Koniec cytatu

Podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym za ING Bank Śląski S.A.

Łukasz Kasznia - Pełnomocnik ING Bank Śląski S.A.

Tomasz Brodawski - Pełnomocnik ING Bank Śląski S.A.

W dniu 17 marca 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania:

Zamawiający - Urząd Dozoru Technicznego informuje, zgodnie z art. 260 ustawy Ustawy, że unieważnił przedmiotowe postępowanie, zgodnie z art. 255 pkt 3) ustawy Ustawy: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający nie może zwiększyć kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do kwoty z żadnej z dwóch ofert niepodlegającej odrzuceniu.

Oferty złożone w postępowaniu:

1) GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra; NIP 9291857884; REGON 081183730; cena: 50 pkt; gwarancja: 0 pkt; bez dodatkowych funkcjonalności / właściwości: 0 pkt; Łącznie: 50 pkt;

2) Konsorcjum firm: Apex.IT Sp. z o.o. / Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa / ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice; NIP 5213617218 / 9542470020; REGON 145491853 / 278191384 – oferta nie podlega punktacji – oferta odrzucona;

3) IT-PARTNER MIROSŁAW WISZNIOWSKI, 62-080 LUSOWO, ul. SŁONECZNA 3; NIP 781-133-95-00; REGON 300234148; cena: 49,87 pkt; gwarancja: 0 pkt oraz dodatkowe funkcjonalności / właściwości:

Odpowiednio dla blokowej pamięci masowej:

1.1. Ilość zajmowanego miejsca w szafie serwerowej rack czyli wysokość RU (Rack Unit) oferowanej pojedynczej macierzy dyskowej:

6 RU i poniżej – 5 pkt;

1.2. Maksymalne zapotrzebowanie na moc oferowanej pojedynczej macierzy dyskowej: - 2,0 kW i poniżej – 5 pkt;

1.3. Replikacja inkrementalna bloków danych natywnie z obecnie posiadanych macierzy blokowych PureStorage FlashArray //X70R2 – 20 pkt;

Odpowiednio dla obiektowej pamięci masowej:

1.4. Integracja z aplikacjami backup'owymi i medium do długotrwałego przechowywania backup'u:

Obiektowa pamięć masowa na dane krytyczne powinna być wspierana przez aplikacje backup'owe (bezpośrednio bądź poprzez dodatkowy moduł) jako medium „S3” do długoterminowego składowania danych, wsparcie powinno być zapewnione dla wiodących aplikacji backup'owych pochodzących od producentów (min. 3) określonych jako LEADERS w „Magic Quadrant for Data Center Backup and Recovery Solutions” – 4 pkt;

1.5. Ochrona przed atakami typu Ransomware/Malware:

Ochrona przed atakami jest wbudowana systemowo i nie ma możliwości jej wyłączenia – 4 pkt;

1.6. Sprzętowa Inteligentna kompresja i deduplikacja danych:

Obiektowa pamięć masowa na dane krytyczne powinna charakteryzować się deduplikacją globalną, (dla każdego oferowanego protokołu o wielkości bloku nie większym niż 12 Kb) oraz sprzętową kompresję danych: rozwiązanie wykorzystujące dodatkowe rozszerzenie sprzętowe pozwalające odciążyc główne procesory urządzenia oferując jednocześnie dzięki

temu możliwość uzyskania wyższego stopnia kompresji zapisywanych danych potwierdzonych przez dokumentację producenta – 2 pkt; Łącznie: 89,87 pkt;

Oferty odrzucone:

Oferta nr 2 - Konsorcjum firm: Apex.IT Sp. z o.o. / Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa / ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice; NIP 5213617218 / 9542470020; REGON 145491853 / 278191384:

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;

Wykonawca konsorcjum w składzie:

1) Apex.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa – lider konsorcjum

2) Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice – członek konsorcjum

złożył wraz z ofertą jako wadium Gwarancję Bankową nr KLG86021IN23 wystawioną przez ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, przy ul. Sokolskiej 34.

Przedmiotowa gwarancja została wystawiona w dniu 09.02.2023 r. i obejmuje wyłącznie jako wykonawcę jeden podmiot - Apex.IT Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 6, 02-247 Warszawa.

W treści dokumentu brak wskazania wykonawcy jako lidera konsorcjum, informacji o pozostałych członkach konsorcjum, czy też wskazania, że działa on w imieniu i na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co powoduje brak możliwości przypisania solidarnej odpowiedzialności wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie przez co nie można przyjąć, iż odpowiadają oni na tej zasadzie za wniesienie przedmiotowego wadium.

Wykonawca Apex.IT Sp. z o.o. nie złożył samodzielnie oferty w przedmiotowym postępowaniu, lecz uczynił to wraz z drugim podmiotem, działając w ramach konsorcjum z wykonawcą Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice. Nie ma zatem tożsamości podmiotów po stronie wykonawcy, tj. wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których jedynie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy wskazanego w treści gwarancji.

Wobec uzasadnionych wątpliwości co do uzyskania świadczenia od Gwaranta, powodowanej określeniem podmiotu, którego ofertę zobowiązał się zabezpieczyć Gwarant jako wyłącznie Apex.IT Sp. z o.o., Zamawiający w dniu 10.03.2023 r. wystąpił do wystawcy gwarancji: ING BANK ŚLĄSKI S.A. o złożenie wyjaśnień, czy zobowiązania Gwaranta wynikające z treści gwarancji nr KLG86021IN23 z dnia 09.02.2023 r. dotyczą również członka konsorcjum: Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice.

W odpowiedzi ING BANK ŚLĄSKI S.A. poinformował jedynie, że w dniu 06.03.2023 r. wystawił aneks nr 1 do gwarancji KLG86021IN23, gdzie wpisane zostało konsorcjum firm, a

dopisany w aneksie uczestnik konsorcjum to: Net-o-logy Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice, NIP: 9542470020, Oddział w Warszawie, ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa.

Przedmiotowy aneks nr 1 został dostarczony Zamawiającemu dopiero wraz z wyjaśnieniami otrzymanymi od wykonawcy Apex.IT Sp. z o.o. w dniu 14.03.2023 r.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że od początku terminu związania ofertą w postępowaniu, tj. od dnia 16.02.2023 r. do dnia 06.03.2023 r., gwarancja nr KLG86021IN23 dotyczyła jako wykonawcy jedynie Apex.IT Sp. z o.o. W tym konkretnym przypadku, aneks wystawiony przez ING BANK ŚLĄSKI S.A. potwierdza, że gwarant nie był odpowiedzialny za zobowiązania obu konsorcjantów przed dniem 06.03.2023 r. a w celu rozszerzenia tej odpowiedzialności konieczne stało się dokonanie zmiany treści gwarancji, tak aby obejmowała obydwu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Zdaniem Zamawiającego, wystawienie gwarancji obejmującą wyłącznie jednego z wykonawców (bez wskazania w treści gwarancji, że będzie jednym z podmiotów wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie), nie zapewnia realizacji celu wniesionego wadium, kiedy to udzielenie ochrony wadialnej powinno nastąpić na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum.

Wadium takie należałoby uznać za prawidłowe tylko wtedy, gdy stwarza ono dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej i pewność wypłaty sumy wadialnej, niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 ustawy – przez cały okres związania ofertą.

W dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zarysował się pogląd, zgodnie z którym w treści gwarancji wykonawca musi być wskazany prawidłowo - a więc muszą być wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a przynajmniej jako niezbędne minimum, tj. jeśli wymieniony jest w treści gwarancji jeden z wykonawców, to powinno być wskazane, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi wykonawcami i taka właśnie wspólna oferta jest zabezpieczona gwarancją lub poręczeniem – zgodnie z wyrokiem z dnia 9 lutego 2021 r., KIO 34/20, wyrokiem z dnia 15 czerwca 2020 r., KIO 970/20, wyrokiem z dnia 21 października 2020 r., KIO 2419/20, uchwałą z dnia 11 marca 2021 r., KIO/KD 6/21, wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., XII Ga 555/18, wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r., XXIII Zs 31/21, a także wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17.

Tak na przykład zgodnie z Uchwałą KIO z 11.03.2021 r. dotyczącą sygn. akt: KIO/KD 6/21: ... należy wskazać, że brak wskazania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w treści poręczenia zapłaty wadium oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, gdyż przesłanki zatrzymania wadium materializują się odrębnie

co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co winno skutkować wykluczeniem ww. wykonawców z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. (...) Należy przy tym zauważyć, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadają solidarnie wyłącznie za wykonanie umowy oraz zabezpieczenie należytego jej wykonania, a zatem brak jest podstaw do przypisania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego solidarnej odpowiedzialności w kwestii wadium (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn.. akt XII Ga 555/18).

... W ocenie 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 ustawy Ustawy), 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 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.

Również w wyroku z dnia 24 czerwca 2020 r. (sygn. akt 662/20) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wadium w formie gwarancji wtedy tylko jest prawidłowo wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy jej treść sugeruje wielość podmiotów występujących po stronie wykonawczej, np. przez wymienienie wszystkich członków konsorcjum, bądź wskazanie, że wykonawca wskazany w treści gwarancji działa jako pełnomocnik, lider konsorcjum, etc. Względnie, omawianą poprawność wadium można również osiągnąć przez wskazanie na szerszy zakres odpowiedzialności gwaranta niż tylko dotyczący stricte działań/zaniechań podmiotu wymienionego w treści gwarancji. W gwarancji odwołującego skład orzekający KIO nie dopatrył się żadnego ze wspomnianych powyżej elementów. (...) Przeciwnie, w ocenie KIO treść spornej gwarancji nie pozostawiała wątpliwości, że mianem wykonawcy określono wyłącznie jednego z dwóch wykonawców wchodzących w skład odwołującego się konsorcjum (lidera konsorcjum) oraz, że bank przyjął odpowiedzialność gwarancyjną tylko za ziszczenie się przesłanek zatrzymania wadium wzglę-

dem tak oznaczonego wykonawcy. Podobnie za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 24 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 31/21):

... Zdaniem sądu okręgowego okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie może 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 wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę/zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę. Natomiast treść gwarancji bankowej z dnia przedłożonej przez konsorcjum nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, iż gwarant miał wiedzę, że wykonawca (...) będzie składał ofertę w postępowaniu jako jeden z uczestników konsorcjum, czy chociażby działał jako umocowany pełnomocnik czy lider tego konsorcjum ... 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 Wykonawcy”. Nie można też przyjąć (...), że bank w treści samej gwarancji nie uczynił zastrzeżenia, że odmówi zapłaty, w przypadku gdy oferta zostanie złożona przez konsorcjum z innym podmiotem. Po pierwsze bowiem na etapie udzielania gwarancji bank nie miał świadomości, że może odpowiadać za konsorcjum. Po drugie w gwarancji nie ma być zastrzeżenia, ale ma z niej wynikać w sposób jednoznaczny odpowiedzialność gwaranta za podmiot ubiegający się o zamówienie, czyli za wykonawcę, którym zgodnie z treścią gwarancji jest wyłącznie (...) Na dodatkową uwagę w przedmiotowej sprawie zasługuje fakt, że gwarancja bankowa załączona do oferty, została wystawiona w dniu 09.02.2023 r., podczas gdy dołączone Pełnomocnictwo konsorcjum na rzecz Apex.IT Sp. z o.o. zostało wystawione i podpisane dopiero w dniu 14.02.2023 r., czyli od tej daty uprawniono Pełnomocnika w pkt. 5 do:

wniesienia wadium także w imieniu Mocodawcy i zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

Z powyższego bezsprzecznie wynika, że złożone Pełnomocnictwo powstało później niż gwarancja bankowa wystawiona na jednego wykonawcę - Apex.IT Sp. z o.o. zatem skoro konsorcjum jeszcze nie powstało a pełnomocnik nie był umocowany to gwarant nie mógł wiedzieć, że wystawiona gwarancja ma zabezpieczać ofertę wykonawców wspólnie ubiegają-

cych się o zamówienie. Sytuację taką odnajdziemy w wyroku z dnia 11 maja 2021 r. - KIO 896/21, gdzie skład orzekający nakazał odrzucić ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy gwarancja wadialna została wystawiona tylko na jednego z tych wykonawców. ... Z treści gwarancji jednoznacznie wynikało, że została ona wystawiona wyłącznie na zlecenie P. i w związku z jego ubieganiem się o udzielenie zamówienia. W gwarancji wprost wskazano bowiem P. jako wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu. Jednocześnie w treści gwarancji brak jest jakiegokolwiek wzmianki, czy nawiązania do faktu wspólnego z innym wykonawcą ubiegania się P. o udzielenie zamówienia, czy też objęcia zabezpieczeniem wynikającym z faktu udzielonej gwarancji roszczeń zamawiającego wobec innego niż sam P. wykonawcy. Z treści gwarancji w żaden sposób nie można było wywieść, by zabezpieczała ona zamawiającego przed nierzetelnym działaniem wszystkich członków konsorcjum, a nie jedynie P. W szczególności, zgodnie z treścią gwarancji nie uprawniała ona zamawiającego do skorzystania z ustanowionego na jego rzecz zabezpieczenia w przypadku, gdyby to członek konsorcjum Z. dopuścił się jednego z działań czy zaniechań uprawniających zamawiającego zgodnie z art. 98 ust. 6, w zw. z art. 266 ustawy do zatrzymania wadium. W dacie udzielania gwarancji P. nie był nawet upoważniony do działania w imieniu Z., a zatem nie mógł w jego imieniu wystąpić o gwarancję wadialną. Jak wynikało bowiem z dokumentów załączonych do oferty Przystępującego, wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zostało ustanowione 19 lutego 2021 r., natomiast Z. udzielił pełnomocnictwa liderowi konsorcjum dopiero 22 lutego 2021 r. (zgodnie z datą umieszczenia podpisów na dokumencie pełnomocnictwa). Pełnomocnictwo to obejmowało także umocowanie do „zabezpieczenia” wadium. Również umowa konsorcjum została zawarta dopiero 22 lutego 2021 r. Skoro pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum zostało udzielone już po wystawieniu dokumentu gwarancji, to zlecając udzielenie gwarancji lider nie mógł działać w imieniu i interesie pozostałych członków konsorcjum. W dacie udzielania gwarancji P.I. nie był nawet upoważniony do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a zatem nie mógł w ich imieniu wystąpić o gwarancję wadialną. Jak wynikało bowiem z dokumentów załączonych do oferty przystępującego, wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zostało ustanowione 19 lutego 2021 r., natomiast ZRG udzielił pełnomocnictwa liderowi konsorcjum dopiero 22 lutego 2021 r. (zgodnie z datą umieszczenia podpisów na dokumencie pełnomocnictwa). Pełnomocnictwo to obejmowało także umocowanie do „zabezpieczenia” wadium.

Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2022 r. - KIO 184/22:

.... W treści umowy poręczenia jaka została złożona przez Przystępującego nie ma żadnych informacji o tym, iż Pani A. B. - L. jest członkiem konsorcjum czy też, że działa w imieniu konsorcjum. Nie ma żadnej wzmianki o zawiązaniu konsorcjum pomiędzy ww. wykonawcami i o ich wspólnym ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie. Umowa poręczenia zabezpie-

czenia tylko i wyłącznie zaniechania /działania ze strony jednego podmiotu, tj. Pani A. B. - L. Zdaniem Izby, w zakresie opisu okoliczności, które wywołują obowiązek zapłaty wadium przez poręczyciela odpowiedzialność poręczyciela została ograniczona do działań czy zaniechań wyłącznie Zobowiązanego czyli Pani A. B. - L. Z treści poręczenia, przy zastosowaniu różnych wykładni, nie sposób odnaleźć żadnych referencji do konsorcjum, w skład którego wchodzi Pani B. Z opisu zobowiązania jakie zabezpiecza poręczyciel względem Zamawiającego nie sposób odnaleźć nawiązania do zaniechań, czy też działań drugiego członka konsorcjum. Tym samym, Izba stanęła na stanowisku, że brak w poręczeniu jakiegokolwiek wzmianki o tym, iż zakresem poręczenia objęte są również działania/zaniechania innych podmiotów niż wskazanych *expressi verbis* w treści poręczenia powoduje, że złożony przez Przystępującego dokument został złożony w nieprawidłowy sposób i nie zabezpiecza interesów zamawiającego w okolicznościach wskazanych w art. 98 ust. 6 ustawy.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2023 r. - KIO 242/23 KIO 305/23 czytamy:

... Dostrzeżenia wymagało w pierwszej kolejności, że konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy 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).

... 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 nieznanym sobie konsorcjantów wykonawców zlecających udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej ...

... 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 Wykonawcy” nie przemawiają ani literalne brzmienie gwarancji, ani ustalone zwyczaje, ani praktyka ubezpieczeniowa, ani żadna inna okoliczność. A z uwagi na po-

wszechnie stosowany przez ubezpieczycieli formalizm gwarancji, jakkolwiek interpretacja rozszerzająca nie jest zdaniem składu orzekającego Izby dopuszczalna.

Podsumowując - obowiązkiem każdego wykonawcy jest wniesienie wadium w sposób, który zabezpiecza interesy Zamawiającego i gwarantuje pewność wypłaty sumy wadialnej w przypadku zaistnienia ustawowych przesłanek zatrzymania wadium przez cały okres związania ofertą. Ustawa Ustawy w tym zakresie określa dopuszczalne formy wniesienia wadium. Dobre formy wadium w danym postępowaniu leży wyłącznie po stronie wykonawcy.

W tym przypadku, to wykonawca Apex.IT Sp. z o.o. zdecydował o wniesieniu wadium w formie gwarancji bankowej i to jego zadaniem było zapewnienie, aby z treści gwarancji wynikało zabezpieczenie oferty wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców i obejmującej ochroną również działania/zaniechania drugiego członka konsorcjum.

W związku z powyższym, Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty złożonej przez konsorcjum.

Z gwarancji ING Banku Śląskiego nr KLG799695IN22 z dnia 20 kwietnia 2022 wynika, że bank ten wystawia gwarancje, gdy zostanie poinformowany, że Konsorcjum firm (zwane dalej „Wykonawcą” zamierza przystąpić do przetargu, to podaje skład tego konsorcjum.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy w związku z art. 98 ust. 6 ustawy oraz art. 445 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy w sposób prawidłowy i zgodny z rzeczywistością, czyli gwarancja bankowa została wystawiona w dniu 9 lutego 2023 r. tylko na zlecenie Apex.IT jako Wykonawcy, Apex.IT stał się pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w dniu 14 lutego 2023 r., Apex.IT i Net-o-logy złożyli wspólną ofertę 16 lutego 2023 r., w dniu 6 marca 2023 r. został wystawiony aneks do gwarancji bankowej uchylający dotychczasową treść gwarancji wadialnej i wskazujący na wspólne ubieganie się o zamówienie przez Apex.IT i Net-o-logy jako zobowiązanych.

Izba ustaliła, że ING Bank Śląski SA zobowiązywał się tak w pierwotnym dokumencie gwarancji jak i w aneksie nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić każdą kwotę do wysokości 260 000 PLN na Państwa pierwsze żądanie zapłaty stwierdzające, że:

odpowiednio w gwarancji z 9 lutego 2023 r. wykonawca, a w aneksie nr 1 zobowiązany spowodował zaistnienie przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ustalił również stan prawny i dokonał zgodnej z ustawą czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy, bowiem gwarancja bankowa nie została prawidłowo wniesiona.

W ocenie Izby słusznie zamawiający podniósł, że wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17 nie przesądził o prawidłowości dokumentów gwarancji wadialnej wystawianych na jednego z członków konsorcjum. Przeciwnie wyrok ten nakazał każdorazowo badać okoliczności danej sprawy w celu ustalenia granic zobowiązania gwaranta. Co zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., XII Ga 555/18, wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r., XXIII Zs 31/21, a także bieżącym orzecznictwem Izby w zakresie niepodanym przez zamawiającego: wyrok z dnia 28 października 2022 r. sygn. Akt KIO 2732/22 i wyrok z dnia 23 grudnia 2022 r. sygn. Akt KIO 3306/23.

Odwołujący powołuje się przede wszystkim na abstrakcyjny charakter gwarancji, według odwołującego dotychczas pomijany w orzecznictwie, solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wynikającą z art. 445 ust. 1 ustawy oraz na prawo pełnomocnika wykonawców do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednak Izba już w orzecznictwie ukształtowanym na gruncie ustawy ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. nr 17 poz. 199 tekst jednolity z 2019 poz. 1843 ze zm. z 2020 r. poz. 1086) podnosiła, że te okoliczności nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy dotyczą bowiem stosunku zamawiający – wykonawcy, a nie stosunku zamawiający – gwarant. Izba już w orzeczeniu z dnia 8 października 2015 r. w sprawach sygn. akt KIO 2067/15 i KIO 2071/15 wskazywała:

„Zasadnicze znaczenie ma bowiem fakt, 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. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1376, z późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jedno-

stronne 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. Co istotne, art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego (tekst jedn.: między zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, ta bowiem jest wyznaczona samą treścią 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. 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 treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji. Wobec powyższego powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. Okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczy odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania obu tych podmiotów. Zatem nawet gdyby członkowie konsorcjum byli zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to byłaby to 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 wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści listu gwarancyjnego np. przez wskazanie, że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko oznaczonego wykonawcę, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecyduje się on złożyć ofertę. (...)

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. (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. 353(1) k.c.) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.). Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji. (...)

Co do wywodzenia prawidłowości gwarancji z pełnomocnictwa konsorcjalnego, to w tym samym wyroku Izba stwierdziła:

„Dodatkowo wskazać należy, że aby czynność prawna wywołała skutki po stronie mocodawcy pełnomocnik winien ujawnić drugiej stronie czynności prawnej (w tym przypadku gwarantowi) fakt działania w cudzym imieniu (zasada jawności przedstawicielstwa). Nieujawnienie tego faktu powoduje, że skutki czynności powstaną wyłącznie po stronie podmiotu, który czynności dokonuje. Fakt działania jako spółki R. w charakterze pełnomocnika nie został odzwierciedlony w treści listu gwarancyjnego. Chybiona jest również argumentacja Odwołującego, że tak jak lider konsorcjum samodzielnie podpisuje i składa ofertę, tak samo samodzielnie wnosi wadium i obie te czynności wywołują skutki dla całego konsorcjum. Zauważyć bowiem należy, że oferta złożona przez lidera konsorcjum tylko wtedy potraktowana zostanie jako oferta konsorcjum, jeżeli w jej treści zostaną wyraźnie wskazani wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Analogicznie lider konsorcjum może zawrzeć umowę gwarancji, jednak bez wskazania, że dotyczy ona oferty wspólnej, będzie to gwarancja obejmująca udział w postępowaniu tylko jednego wykonawcy.

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej. Bezpodstawne jest bowiem założenie, że gwarant obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczące wykonawcy, o którym nie miał wiedzy zawierając umowę. Co więcej, sam gwarant wyraźnie ograniczył w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających, posługując się sformułowaniem wtedy i tylko wtedy. W ocenie Izby wskazuje to na wolę gwaranta do ścisłej literalnej wykładni treści gwarancji. Dla oceny roszczenia Zamawiającego przez gwaranta nie jest wystarczające określenie wartości żądania, ale Zamawiający musi podać także jakie zdarzenie doprowadziło do powstania żądania, czyli jaka czynność została zaniechana i przez kogo. Gwarant może zatem analizować, czy zgłaszane żądanie dotyczy tak zaniechań opisanych w gwarancji, jak i podmiotu, który tego zaniechania miał się dopuścić, a za którego gwarant zobowiązał się świadczyć. W przypadku, gdy zdarzenia opisane w zgłoszeniu i objęte gwarancją nie są tożsame, gwarant ma pra-

wo uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium, w związku z czym czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była zasadna.”

Co do możliwości wywodzenia prawidłowości gwarancji z aneksu, to również w tym wyroku Izba zajęła swoje stanowisko:

„Zgodzić należy się z Odwołującym, że ww. aneks był prawidłowy, został on jednak złożony dopiero przy przedłużaniu ważności wadium. Ustawa P.z.p. nie daje podstaw do uzupełnienia wadium, w przypadku, gdy wadium wniesione w terminie składania ofert nie jest prawidłowe. Jak stanowi art. 45 ust. 3 ustawy P.z.p., wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Zatem aneks mógłby być potraktowany jako potwierdzenie prawidłowo wniesionego wadium, gdyby został złożony z gwarancją wadium przed upływem terminu składania ofert. Przedmiotowy aneks nie może być natomiast uznany - jak tego chciał Odwołujący - za wykładnię treści wcześniejszej gwarancji, mającą dowodzić jej prawidłowości i wykazywać należyte zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Aneks stanowi bowiem zmianę wcześniejszej zawartej umowy gwarancji w zakresie podmiotowym, nie zaś określenie sposobu rozumienia umowy gwarancji zawartej w przeszłości. Treść gwarancji jest wyłącznym wyznacznikiem zakresu odpowiedzialności gwaranta i nie podlega rozszerzającej interpretacji, w związku z czym jej zakres podmiotowy nie może być reinterpretowany z mocą wsteczną na podstawie później zawartego aneksu. Należy więc stwierdzić, że oferta Odwołującego od upływu terminu składania ofert do 18 września 2015 r. nie była prawidłowo zabezpieczona wadium, a późniejsze naprawienie tej wadliwości nie zwalniało Zamawiającego z obowiązku wykluczenia Odwołującego z postępowania. Stanowisko przeciwne prowadziłoby do przyjęcia, że bez znaczenia jest prawidłowość zabezpieczenia oferty od chwili jej złożenia, o ile zostanie to w późniejszym terminie naprawione. Powyższe jest nie do pogodzenia zarówno z istotą i funkcją wadium, jak i z zasadą równego traktowania wykonawców.”

Izba w całości podtrzymuje wyrażone powyżej poglądy uznając, że na gruncie obecnie obowiązującej ustawy stan prawny nie uległ zmianie, skutkującej potrzebą wypracowania nowego poglądu prawnego. W badanej sprawie słusznie podnosił zamawiający, że w dacie wystawienia gwarancji Apex.IT nie był jeszcze ustanowiony pełnomocnikiem obu wykonawców, co więcej z pełnomocnictwa nie wynika jego uprawnienie do ustanowienia gwarancji w imieniu obu wykonawców, a jedynie do jej wniesienia do zamawiającego. Sam aneks zaś został wystawiony przez bank-gwaranta po upływie składania ofert, a więc nie potwierdzał objęcia gwarancją wadium zachowań obu wykonawców.

Co więcej Izba zwraca uwagę na poglądy wyrażane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z których wynika, że nie zawsze wykluczenie czy odrzucenie mające za podstawę zachowanie wyłącznie jednego z członków konsorcjum musi wywierać skutek dla całego konsorcjum, do czego próbuje przekonać Izbę odwołujący. Z podstawami wykluczenia

wiąże się zagadnienie dopuszczalności zmiany składu konsorcjum w sytuacji zaistnienia podstaw wykluczenia w odniesieniu do jednego z konsorcjantów. Taka możliwość nie jest wykluczona na gruncie orzecznictwa TSUE, gdyż jak wynika z wyroku TSUE z 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 Makedoniko Mikhaniki AE vs. Elliniko Dimosio

Dyrektywa 93/37 dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane nie wyklucza przepisów krajowych zakazujących zmiany składu konsorcjum biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub koncesji na roboty budowlane, które następuje po złożeniu ofert. Zasady dotyczące składu takich konsorcjów leżą w gestii państw członkowskich, ponieważ art. 21 dyrektywy, jedyny przepis dotyczący grup wykonawców, ogranicza się, po pierwsze, do stwierdzenia, że oferty mogą być składane przez takie grupy, a po drugie, zapobieganie wymaganiu od nich przyjęcia określonej formy prawnej przed udzieleniem zamówienia wybranej grupie i nie zawiera przepisu dotyczącego składu takich grup. Oznacza to konieczność analizy dopuszczalności takich zmian z uwzględnieniem regulacji prawa krajowego przede wszystkim wykładni art. 58 ust. 5 ustawy dotyczącego odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących wykonawcy do grupy wykonawców.

W odniesieniu do grupy podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powstaje wątpliwość, co do skutków prawnych sytuacji, gdy przesłanki wykluczenia dotyczą wyłącznie jednego z wykonawców wchodzących w skład tej grupy, a drugi z wykonawców spełnia wymagania zamawiającego w sposób wystarczający. Taki stan faktyczny stał się przedmiotem analizy wyroku TSUE z 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 MT Hrggaard A/S Zulin A/Svs Banedanmark, w którym Trybunał dopuścił możliwość udziału pojedynczego wykonawcy dotychczas wchodzącego w skład grupy. Istotne jest jednak to, że dotyczyło to procedury negocjacyjnej, a Trybunał możliwość tę dopuścił pod warunkiem, że wykonawca sam spełnia wymogi określone przez zamawiającego, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

Warto zwrócić też uwagę na wyrok TSUE z dnia 7 września 2021 sygn. C-927/19 Klaipedos, z którego wynika, że sankcja zakazu ubiegania się o przyszłe zamówienia (wynikająca z art. 111 ustawy) nie może rozciągać się na wszystkich członków konsorcjum, w przypadku, gdy wykonawca będący członkiem grupy wykonawców był winny wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które były wymagane do weryfikacji tego, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia grupy lub czy grupa ta spełnia kryteria kwalifikacji, o którym to wprowadzeniu w błąd jego partnerzy nie wiedzieli. Potwierdził ten pogląd także wyrok TSUE z dnia 26 stycznia 2023 r. sygn. akt C-682/21 Lietuvos Aukščiausiasis Teismas - Litwa) - "HSC Baltie" UAB, "Mitnija" UAB, "Montuotojas" UAB/Vilniaus miesto savivaldybės administracija, HSC Baltic i in.), z którego wynika, że:

1) Artykuł 18 ust. 1 i art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że:

sprzeciwiają się one krajowym przepisom lub praktyce, zgodnie z którymi w przypadku gdy instytucja zamawiająca rozwiązuje umowę w sprawie zamówienia publicznego udzielonego konsorcjum z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć, które doprowadziły do niewykonania istotnego zobowiązania w ramach tego zamówienia, każdy członek owego konsorcjum zostaje automatycznie wpisany do wykazu nierzetelnych wykonawców, przez co czasowo uniemożliwia się mu co do zasady uczestnictwo w nowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

2) Artykuł 18 ust. 1 oraz art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że:

wykonawca będący członkiem konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu niewykonania istotnego zobowiązania może w celu wykazania, iż wpisanie go do wykazu nierzetelnych wykonawców jest nieuzasadnione, powołać się na każdą okoliczność, w tym na okoliczność dotyczącą osób trzecich, takich jak lider tego konsorcjum, która mogłaby wskazywać na to, że to nie działanie owego wykonawcy było przyczyną niedociągnięć, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie wspomnianego zamówienia, oraz na to, iż nie można było od niego rozsądnie wymagać, aby uczynił więcej niż zrobił w celu usunięcia owych niedociągnięć.

3) Artykuł 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r., należy interpretować w ten sposób, że:

państwo członkowskie, które przewiduje w ramach ustalania warunków stosowania przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 fakultatywnej podstawy wykluczenia, że członkowie konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego, w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu niewykonania istotnego zobowiązania zostają wpisani do wykazu nierzetelnych wykonawców, a przez to czasowo zostają co do zasady wykluczeni z uczestnictwa w nowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, powinny zagwarantować owym wykonawcom prawo do wniesienia skutecznego środka odwoławczego od wpisania ich do tego wykazu.

Co w ocenie Izby oznacza, że na gruncie prawa unijnego solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie odnosi się do innych zamówień publicznych, o które poszczególni wykonawcy w przyszłości będą się ubiegać, nie dotyczy publicznych rejestrów, czy wreszcie oceny dopuszczalności zmian podmiotowych w postępo-

waniu o zamówienie publiczne, co oznacza, że nie może być przeniesiona ze stosunku zamawiający – wykonawcy, na stosunek zamawiający-gwarant. Natomiast podkreślenia wymaga, że nie zostało wykazane przez odwołującego, że banki jako gwaranci wadialni każdorazowo wypłacają sumy gwarancyjne w sytuacji, gdy wybór oferty najkorzystniejszej lub zawarciu umowy z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nastąpił z przyczyn określonych w art. 98 ust. 6 ustawy i leżących po stronie wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie nie wymienionego w treści gwarancji wadialnej.

Z tych wszystkich względów Izba postanowiła zarzut oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 3) ustawy przez unieważnienie postępowania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzut ten był oparty na założeniu odwołującego, że jego oferta nie jest ofertą podlegającą odrzuceniu, a więc uwzględnienie zarzutu mogło nastąpić jedynie w sytuacji, gdyby Izba to założenie podzieliła.

Izba natomiast doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, a ponieważ pozostałe w postępowaniu oferty przekraczały możliwości finansowe zamawiającego unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt. 3 należało uznać za prawidłowe. Zarzut zatem podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 zd. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: