

WYROK
z dnia 2 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 października 2015 r.** przez konsorcjum firm w składzie: **"FADBET" S.A. (lider), 15-181 Białystok, ul. 42 Pułku Piechoty 46; Centrum Informatyki „ZETO” S.A. (uczestnik konsorcjum), 15-048 Białystok, ul. Skorupska 9,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Okręgowy w Warszawie, 00-898 Warszawa, Al. Solidarności 127,** przy udziale konsorcjum firm zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. PBM POŁUDNIE S.A. ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa i prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: MR SYSTEM M. L., ul. Ułanów Krechowickich 10, 04-692 Warszawa,**
- B. DORBUD S.A. ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce i ASD Sp. o.o. ul. Podgórna 43, 70-205 Szczecin,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1.** unieważnienie dokonanej czynności badania i oceny ofert;
- 1.2.** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBM POŁUDNIE S.A.** i prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **MR SYSTEM M. L.;**
- 1.3.** dokonania czynności ponownego badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 1.4. dokonania czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PBM POŁUDNIE S.A.** i prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **MR SYSTEM M. L. oraz DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o.** na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz uznania złożonych ofert za odrzucone stosownie do postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Sąd Okręgowy w Warszawie, 00-898 Warszawa, Al. Solidarności 127,**
- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego konsorcjum firm w składzie: **"FADBET" S.A. (lider) 15-181 Białystok, ul. 42 Pułku Piechoty 46; Centrum Informatyki „ZETO” S.A. (uczestnik konsorcjum) 15-048 Białystok, ul. Skompska 9,** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Sądu Okręgowego w Warszawie, 00-898 Warszawa, Al. Solidarności 127** na rzecz odwołującego konsorcjum firm w składzie: **"FADBET" S.A. (lider) 15-181 Białystok, ul. 42 Pułku Piechoty 46; Centrum Informatyki „ZETO” S.A. (uczestnik konsorcjum) 15-048 Białystok, ul. Skompska 9,** kwotę **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2287/15

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu ograniczonego, o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2015/S 119-216422; 2015/S 121-219827; 2015/S 126-229759) na „Przebudowę budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie”, w dniu 22 października 2015 r. zostało wniesione pisemne odwołanie przez konsorcjum firm w składzie: "FADBET" S.A. (lider); Centrum Informatyki „ZETO” S.A. (uczestnik konsorcjum) z siedzibą w Białymstoku, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 12 października 2015 r. drogą elektroniczną o wynikach przetargu oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: PBM POŁUDNIE S.A., ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa i MR SYSTEM M. L., sklasyfikowaniu na drugiej pozycji oferty wykonawcy DORBUD S.A., ul. Zagnańska 153, 25-563 Kielce i ASD Sp. o.o. oraz na trzeciej pozycji oferty odwołującego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 października 2015 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, w dniu 26 października 2015 r. złożył wykonawca wybrany, konsorcjum PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. oraz wykonawca DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o. - po stronie zamawiającego, którzy wnosili o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawców, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołaniem zostały objęte czynności polegające na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L., pomimo że wykonawca podlegał wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp;
- 2) zaniechaniu wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz uznania złożonej oferty za odrzuconą stosownie do postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;

3) zaniechaniu czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz uznania złożonej oferty za odrzuconą stosownie do postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;

4) zaniechaniu czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie przepisów ustawy Pzp, za jaką odwołujący uznawał własną ofertę, tj. złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "FADBET" S.A. i Centrum Informatyki „ZETO” S.A., spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i wykonawców nie podlegających wykluczeniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Sądowi Okręgowemu w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej ustawy Pzp, tj.:

1) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 2 i art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w z związku z art. 23 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 4a i 5 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. oraz DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o. oraz uznania złożonych przez tych wykonawców ofert za odrzucone, w sytuacji gdy wadium dołączone do oferty ww. wykonawców nie zostało skutecznie wniesione tj. wskazane w treści gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej okoliczności nie są zupełne i nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, które mogłyby spowodować prawo żądania przez zamawiającego zapłaty kwoty gwarancyjnej, a złożona w postępowaniu gwarancja wadialna nie odpowiada w swej treści wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia;

2) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zaniechanie czynności dokonania wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "FADBET" S.A. i Centrum Informatyki „ZETO” S.A. jako najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i wykonawców nie podlegających wykluczeniu.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie w całości odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L.;

2) dokonania czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. oraz DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz uznania złożonych ofert za odrzucone, stosownie do postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;

3) dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;

4) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp spośród wykonawców nie podlegających wykluczeniu i ofert nie podlegających odrzuceniu za jaką uznał ofertę własną, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "FADBET" S.A. i Centrum Informatyki „ZETO” S.A.;

2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jego interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania jest niewątpliwy, gdyż prawidłowe przeprowadzenie postępowania skutkować będzie wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Jeśli wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej nie został dokonany, to tym samym Izba nie może pozbawić odwołującego prawa do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli żądaniem odwołania jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie ponownego badania i oceny oferty. Takie postępowanie odwołującego, niezależnie od jego zasadności, zmierza do uzyskania zamówienia. Wykonawca podkreślił, iż wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium oceny ofert, oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie odwołującego poprzez zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji. Powyższe wyczerpuje przesłanki do skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał, że cena jego oferty za realizację przedmiotu zamówienia przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co nie stanowi podstawy do stwierdzenia braku interesu prawnego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 7 kwietnia 2011 r. w sprawie KIO 638/11) „o tym czy cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia można rozstrzygać dopiero w przypadku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Jeśli wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej nie został dokonany to tym samym Izba nie może pozbawić Odwołującego prawa do kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli żądaniem odwołania jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie ponownego badania i oceny oferty. Takie postępowanie Odwołującego, niezależnie od jego zasadności, zmierza do uzyskania zamówienia, bowiem przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie można stwierdzić, czy rzeczywiście kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa niż kwota wybranej oferty. Wskazać należy, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością odrębną od czynności ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.”

Odwołujący zaznaczał, że cena oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. również przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a pomimo to oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza. Z powyższego wywiódł, że kwota, którą zamawiający podał jako kwotę którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie jest ostateczna i zamawiający ma możliwość jej zwiększenia.

W ocenie odwołującego zamawiający w sposób rażąco naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zarówno konsorcjum PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L., jak i konsorcjum DORBUD S.A. i ASD Sp. z o.o. nie wniosły skutecznie wymaganego przez zamawiającego wadium z uwzględnieniem postanowień zawartych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 45 ust 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Takie żądanie postawił w niniejszej sprawie wykonawcom zamawiający, który w rozdziale IV SIWZ określił szczegółowe wymagania dotyczące wnoszenia wadium przez wykonawców. W pkt 1 i 3 tego rozdziału zamawiający wskazał, iż wymaga wniesienia wadium w wysokości 800.000,00 zł. W pkt 8 i 9 zawarty został zapis, iż:

„8) Wadium wnoszone w formie innej niż w pieniądzu musi w szczególności określać bezwarunkowy, nieodwołalny obowiązek zapłaty na pierwsze żądanie zamawiającego, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy oraz być ważne przez okres wiązania ofertą, określony w niniejszej specyfikacji. Dowodem wniesienia wadium jest oryginalny

dokument poręczenia lub gwarancji, złożony wraz z ofertą. Wadium nie może mieć zapisów ograniczających obowiązek zapłaty wadium. (....)

9) Dokument wadialny musi identyfikować wykonawcę oraz zawierać informację, iż stanowi zabezpieczenie wadium na rzecz Sądu Okręgowego w Warszawie, w przetargu ograniczonym „Przebudowa budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa- Praga w Warszawie” postępowanie nr ZP/INW/9/15.”

Konsorcjum PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. do swojej oferty załączyło gwarancję przetargową nr 49027KTG15 z dnia 2 października 2015 r., wystawioną przez mBank Spółka Akcyjna, IV Oddział Korporacyjny Warszawa, Al. Jerozolimskie 174, 02-486 Warszawa, gdzie jako wykonawca widnieje wyłącznie PBM POŁUDNIE S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa. W żadnym miejscu gwarancji nie zamieszczono informacji, że jest ona wystawiona na rzecz konsorcjum: PBM POŁUDNIE S.A. - lider Konsorcjum i MR SYSTEM M. L. - partner konsorcjum.

Identyczna sytuacja, jak podnosił odwołujący, ma miejsce w przypadku gwarancji przedłożonej przez konsorcjum: DORBUD S.A. i ASD Sp. z o.o. W treści gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000112006 z dnia 18 września 2015 r., wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, przy ul. Hestii 1, 81-731 Sopot, jako wykonawca wpisany został DORBUD S.A. z siedzibą: 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 153. W żadnym miejscu gwarancji nie zamieszczono informacji, że jest ona wystawiona na rzecz konsorcjum: DORBUD S.A. - lider i ASD Sp. z o.o. - partner konsorcjum.

Odwołujący argumentował, że przywołane powyżej gwarancje wadialne złożone przez obu wykonawców (konsorcja) w swej treści nie odpowiadają postanowieniom opisanym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienie, a w szczególności nie identyfikują (pomimo wyraźnego żądania zamawiającego) wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto, zdaniem odwołującego gwarancje zapłaty wadium złożone przez ww. konsorcja zawierają postanowienia, z których wynika, że Gwarant zobowiązuje się do zapłaty wadium jedynie w przypadku, gdy członek konsorcjum wskazany w gwarancji nie spełni jednego z przypadków określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści wniesionych gwarancji nie tylko nie został wymieniony drugi członek konsorcjum - partner, ale nawet nie wskazano, że wymienieni w treści tych gwarancji wykonawcy składają ofertę w ramach konsorcjum.

W tym stanie rzeczy według odwołującego nie ulega wątpliwości, że Gwarant może odmówić wypłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium w sytuacji, gdy przesłanki

zatrzymania wadium dotyczyć będą tylko MR SYSTEM M. L. i ASD Sp. z o.o., jako członków tych konsorcjów. Tym samym treść gwarancji złożonych przez powyższych wykonawców i wymienione w nich okoliczności zatrzymania wadium nie obejmują wszystkich ustawowo określonych możliwych zdarzeń, które mogą spowodować prawo żądania przez zamawiającego zapłaty kwoty gwarancji, gdyż nie dotyczą obu podmiotów tworzących konsorcjum (wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14).

Odwołujący powołał się na linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej: *"Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma też żadnych przeszkód, aby umowa gwarancji ubezpieczeniowej została zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania gwarancji ubezpieczeniowej przesądzają bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić ubezpieczycielowi na skuteczne uchylenie się od wypłaty sumy gwarancyjnej". "Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 ustawy Pzp i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego (...) zawiązanie konsorcjum bowiem nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej; "Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. (...) 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, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (wyrok KIO z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10 oraz wyrok KIO z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14). Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium (sygn. akt KIO 2694/14 z dnia 7 stycznia 2015r.)."*

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1408/10), wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. *"Solidarna odpowiedzialność*

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na czynności, które wprost nie wynikają z treści przepisów p.z.p. "W przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wadium może zostać wniesione przez dowolnego z wykonawców, co wynika z treści art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże jeżeli wadium wnoszone jest w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w treści takiej gwarancji powinna znaleźć się informacja, które podmioty zabezpieczają zapłatę wadium. Nawet gdyby przyjąć, że w zakresie wniesienia wadium istnieje odpowiedzialność solidarna, to wystawca gwarancji nie jest zobowiązany do rozszerzającej interpretacji treści wystawionej przez siebie gwarancji". (wyrok z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14).

Odwołujący przekonywał, że wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż omawiane dokumenty gwarancji wadium nie identyfikują wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu - pomimo bezwzględnego wymogu określonego przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (postanowienie zawarte w treści rozdziału IV pkt. 9 SIWZ) oraz nie zabezpieczają w sposób bezwzględny i jednoznaczny ofert złożonych przez konsorcjum PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L., jak i konsorcjum DORBUD S.A. i ASD Sp. z o.o. Skoro zaś wykonawcy nie dokonali właściwego i zgodnego co do wymagań zamawiającego wniesienia wadium mającego zabezpieczyć złożone oferty zachodzą zatem wprost przesłanki do ustawowego wykluczenia wykonawców z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz uznania złożonych ofert za odrzucone stosownie do postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Wobec zaniechania przez zamawiającego wskazanych czynności odwołujący podnosił, iż doszło do naruszenia postanowień zawartych w treści art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

W powyższym stanie faktycznym i prawnym, odwołujący uznał, że zamawiający powinien dokonać powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w szczególności wykluczyć z postępowania konsorcjum PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L., jak i konsorcjum DORBUD S.A. i ASD Sp. z o.o., uznając jednocześnie złożone oferty za odrzucone oraz dokonać ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 października 2015 r. zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w powiadomieniu o wynikach przetargu z dnia 12 października 2015 r. i wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający podnosił, że dla wskazanego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący nie przedstawił żadnego zarzutu faktycznego, ani nie uzasadnił podstawy faktycznej zarzutów w tym zakresie. Istotą zarzutu odwołania jest brak możliwości identyfikacji w treści gwarancji wykonawców składających ofertę oraz to, że

omawiane gwarancje nie zabezpieczają w sposób bezwzględny i jednoznaczny ofert złożonych przez konsorcja przystępujących wykonawców - z czym zamawiający się nie zgodził.

Zamawiający zaprzeczył treści postanowień ROZDZIAŁU IV pkt 9 SIWZ i utrzymywał, że nie wymagał aby w treści dokumentu gwarancyjnego wymienieni byli wszyscy wykonawcy w przypadku złożenia oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W ocenie zamawiającego wskazanie w treści gwarancji wadialnej członka konsorcjum (lidera działającego na podstawie przepisów ustawy Pzp oraz złożonego w postępowaniu przetargowym pełnomocnictwa - w sposób jednoznaczny pozwala na identyfikację wykonawcy, którego ofertę gwarancja ma zabezpieczać. W ocenie zamawiającego z treści omawianych gwarancji nie można wywieść, że gwaranci zobowiązują się do zapłaty wadium jedynie w przypadku, gdy członek konsorcjum wskazany w gwarancji nie spełni jednego z przypadków określonych w art. 46 ust. 4a i 4 ustawy Pzp. Stąd za mylny uznał pogląd, iż gwarant może odmówić zapłaty wadium w sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium dotyczyć będą tylko MR SYSTEM M. L. i ASD Sp. z o.o., jako członków konsorcjów.

Zamawiający zarzucał, że swoje poglądy odwołujący oparł na przytoczonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które jednakże nie jest w tym względzie jednolite. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2015 r. Sygn. akt XXIII 1313/15 i podane ustne motywy tego rozstrzygnięcia. Zamawiający przytoczył tezę z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 r. Sygn. akt III CZP 25/10 zgodnie z którym „Regulacja zawarta w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp nie zmienia zasad dotyczących ustanawiania pełnomocników procesowych.” Z treści art. 23 ust. 2 Pzp wynika, że obejmuje ono reprezentowanie wykonawców jedynie w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do tak udzielonego pełnomocnictwa mają zastosowanie przepisy dotyczące pełnomocnictw.

Odwołujący argumentował, że pełnomocnictwo jest samoistnym stosunkiem prawnym łączącym pełnomocnika z mocodawcą, którego treścią jest uprawnienie pełnomocnika do reprezentowania mocodawcy z bezpośrednim skutkiem dla niego. Zamawiający przyznał, że w zakresie zamówień publicznych, w zakresie ochrony przede wszystkim zamawiającego – stosunek podstawowy dla pełnomocnika - lidera konsorcjum stanowi właśnie nienazwana umowa konsorcjum zawarta między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, które składa jedną ofertę, zabezpieczoną w toku postępowania jednym wadium.

Zamawiający powoływał się na treść pełnomocnictw konsorcjalnych złożonych przez przystępujących i podtrzymał, że z ich mocy obydwaj liderzy konsorcjów mają umocowanie

do reprezentowania rzeczonych konsorcjów w postępowaniu i wykonywania w nim wszelkich czynności. Zamawiający przytoczył stanowisko Prezesa UZP zawarte w skardze na wyrok KIO z 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15.

Zamawiający zaznaczał, że skutki działań lub zaniechań jednego z członków konsorcjum, o których stanowi art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp rozciągają się na pozostałych członków konsorcjum z mocy prawa, jako że ono wspólnie składają ofertę i nie sposób odpowiedzialności jednego członka konsorcjum sprowadzać jedynie do odpowiedzialności za działania lub zaniechania własne danego podmiotu. Zamawiający przytoczył poglądy doktryny opowiadające się za abstrakcyjnym charakterem gwarancji bankowej, i niemożliwością formułowania zarzutów ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona. Zobowiązanie gwaranta nie jest akcesoryjne w odniesieniu do stosunku podstawowego, a ta forma gwarancji zachowuje charakter zobowiązania samodzielnego, w ramach którego gwarant płaci własny, a nie cudzy dług.

Powyższe uwagi, wobec braku szczegółowych unormowań dotyczących gwarancji ubezpieczeniowej, zamawiający uznał także za aktualne w odniesieniu do tej formy zabezpieczenia wadium.

W przedstawionych okolicznościach zamawiający ponownie zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, i podał że niezrozumiałe i bezpodstawne jest stanowisko odwołującego, iż złożone gwarancje nie zabezpieczają ofert złożonych przez konsorcja, a wskazane w treści kwestionowanych gwarancji okoliczności zatrzymania wadium nie są zupełne i nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy Pzp. Z treści gwarancji wynika przeciwnie, że zdarzenia te zostały objęte ich zakresem. Gwarancje mają charakter bezwarunkowy, nieodwołany, płatny na pierwsze żądanie, a bank gwaranta oświadczył, że zrzeka się wszelkich praw sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, natomiast w gwarancji ubezpieczeniowej znajduje się stwierdzenie o braku konieczności przedstawiania uzasadnienia żądania wypłaty wadium. Zamawiający podsumował, że nie ziściły się przesłanki skutkujące wykluczeniem któregokolwiek z wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawca - konsorcjum firm: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. wnosił o oddalenie odwołania i przytoczył następujące uzasadnienie.

„W ocenie Przystępującego argumentacja Odwołującego opiera się na błędnej wykładni zarówno przywołanych w treści odwołania przepisów ustawy jak i treści samej gwarancji bankowej złożonej przez Przystępującego. Ponadto wskazać należy, iż Odwołujący przedstawił jako „najnowszą linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej” dwa

wyroki KIO, które stoją w opozycji zarówno do dotychczasowej i obecnej linii orzeczniczej Izby jak i całego orzecznictwa Sądów Okręgowych w szczególności przywołanego poniżej oraz do najnowszego stanowiska wyrażonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w skardze wniesionej na wyrok KIO z dnia z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt: 1251/15 oraz do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14.10.2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1313/15 wydanego wskutek wniesienia przedmiotowej skargi.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W kontekście art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie, czy o braku wniesienia wadium świadczy fakt niewymienienia w treści gwarancji bankowej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członków konsorcjum).

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazanej w uzasadnieniu wniesionej skargi na wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt: 1251/15 gwarancja bankowa, w której treści wymieniono wyłącznie jednego z członków konsorcjum, w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego i w takiej sytuacji należy uznać, że wadium zostało skutecznie wniesione w prawidłowej formie. Dostrzeżenia wymaga, iż na gruncie przepisów ustawy wadium jest skutecznie wniesione do zamawiającego gdy:

- a) zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy),
- b) w wymaganej przez zamawiającego wysokości (art. 45 ust. 4 ustawy),
- c) w formach określonych w ustawie (art. 45 ust. 6 ustawy),
- d) pokrywa i zabezpiecza interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym, a więc wypełnia funkcję gwarancyjną i zabezpieczającą (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy),
- e) w przypadku form innych niż pieniężna dokument potwierdzający wniesienie wadium winien zostać wniesiony w oryginale,
- f) spełnia wymogi uregulowane odrębnymi przepisami (co ma istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku poza pieniężnych form wadialnych).

Prawidłowe wadium to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego.(...) Dopiero wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymogami, w szczególności wadium nieodnoszące się do wszystkich okoliczności z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, aktywizuje obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Rozpatrując kwestię prawidłowości wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, nie sposób abstrahować od instytucji konsorcjum. Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje przepis art. 23 ust. 1 ustawy. Wprawdzie przepis ten nie posługuje się określeniem „konsorcjum”, jak również umowa konsorcjum nie została uregulowana wprost w prawie polskim, to jednak dopuszczalność jej zawarcia nie budzi wątpliwości w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego, przewidzianej w art. 353¹ KC. Konsorcjum stanowi rodzaj umowy nienazwanej, dopuszczalnej w świetle obowiązującej zasady swobody umów. Jest rodzajem porozumienia, które zostało zawarte pomiędzy podmiotami, a jego celem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego. Istota konsorcjum sprowadza się zatem do zobowiązania jego członków do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań - na gruncie ustawy będzie to wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne (art. 23 ust. 1 ustawy), polegające na podejmowaniu wspólnych działań w celu uzyskania danego zamówienia, podpisania umowy w wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania, a następnie realizacja zawartej umowy. Wobec braku szczegółowej regulacji prawnej dotyczącej umowy konsorcjum, organizacja wewnętrzna konsorcjum pozostawiona jest jego uczestnikom, z wykorzystaniem wszelkich możliwości dyspozytywnej regulacji cywilnoprawnej. Z art. 23 ust. 2 ustawy wynika, że jeden z uczestników konsorcjum reprezentuje w sposób wiążący pozostałych wykonawców wobec zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy, Z kolei przepis art. 23 ust. 3 ustawy statuuje zasadę, w świetle której przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Regulacja ta ma decydujące znaczenie w kontekście wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro bowiem obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca.

Podkreślić należy, że zobowiązanym do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, zaś w przypadku wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie zobowiązanym jest konsorcjum, a odpowiedzialność jego członków za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 KC w zw. z art. 366 KC w zw. z art. 14 ustawy, który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z przywołanych regulacji wynika zatem, iż

członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie 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 któregokolwiek z członków 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 KC, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na gruncie przepisów ustawy dotyczących wadium, tj. art. 45 ust. 1 ustawy, art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, jak również jej art. 23 ust. 3, nie sposób uznać aby funkcje gwarancyjna i zabezpieczająca wadium doznawały jakiegokolwiek ograniczenia w sytuacji, gdy w treści gwarancji bankowej zostaje wskazany wyłącznie jeden z członków konsorcjum. Podstawy do takiego twierdzenia nie daje również przepis art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r., poz. 128), z którego wynika, iż istotą gwarancji bankowej jest przyjęcie przez gwaranta - bank obowiązku zapłaty sumy podanej w dokumencie, w sytuacji zaistnienia okoliczności podanych w treści gwarancji, stosownie do których zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. Do minimalnej treści jaką winna zawierać gwarancja należy określenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy”, „nieodwoalny”, a suma gwarancyjna płatna, jest na „pierwsze żądanie”. 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 udzielenia gwarancji. Dla skuteczności tego sposobu zabezpieczenia, istotne jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, przez co należy rozumieć możliwość wypłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań. Elementy te zapewniają zamawiającemu uzyskanie od banku - gwaranta kwoty wadium na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty. W załączeniu do oferty wniesionej w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący złożył nieodwoalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie gwarancję przetargową nr 49027KTG15 z dnia 2 października 2015 r., wystawioną przez gwaranta - mBank Spółka Akcyjna, IV Oddział Korporacyjny Warszawa, działającego na zlecenie PBM Południe S.A. W świetle powyższego należy uznać, że gwarancja wadium złożona przez Przystępującego w pełni zabezpieczała interesy Zamawiającego w przypadku zaistnienia wszystkich okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy w stosunku do całego konsorcjum jako wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawowe przesłanki z art. 46 ust.

4a i 5 ustawy odnoszą się bowiem do wykonawcy, a z mocy art. 23 ust. 3 ustawy, także do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika z istoty wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe za całkowicie nieuzasadnione należy uznać stanowisko Odwołującego, iż na podstawie gwarancji wadialnej nr 49027KTG15 z dnia 2 października 2015 r. gwarant - mBank Spółka Akcyjna, IV Oddział Korporacyjny Warszawa, może skutecznie uchylać się od zapłaty sumy wadium, podnosząc, że odpowiada tylko za zachowanie lidera konsorcjum - PBM Południe S.A. Celem wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, w sytuacji wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Innymi słowy wadium stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego przez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Gwarancja nr 49027KTG15 z dnia 2 października 2015 r. spełnia wszystkie wskazane funkcje i cele wadium przewidziane dla tej instytucji na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gwarancja ta opiewała na wymaganą przez Zamawiającego wysokość, jej beneficjent został określony prawidłowo, a także była gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie.

Jednocześnie wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle, gdyż zamykają one wykonawcy drogę do uzyskania zamówienia publicznego, a więc w sposób kategoriyczny kształtują jego sytuację prawną. Tylko w oparciu o ustawowe przesłanki wykonawca może zostać pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne poprzez wykluczenie go z postępowania. Właśnie z racji charakteru tych przesłanek i skutku jaki wiąże się z ich zastosowaniem, niemożliwe jest rozszerzające interpretowanie ich zakresu czy też stosowanie tych przesłanek w innych sytuacjach niż ściśle określone w przepisach ustawy. Skoro zatem z żadnego przepisu ustawy, jak również z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie sposób wywieść obowiązku wskazywania w treści gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum wykluczenie konsorcjum PBM Południe S.A. i MR System Marek Lipowski z udziału w postępowaniu wobec uznania, iż nie wniosło wadium do terminu składania ofert stanowiłoby niedozwolona rozszerzającą wykładnię przepisu o charakterze sankcyjnym, a w konsekwencji stanowiłoby o naruszeniu art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 ustawy.

W tym miejscu podkreślić należy, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad wynikających z ustawy. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw, jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego

rozstrzygnięcia postępowania, a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. (...) Nie można zapominać, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. W ocenie Przystępującego Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum PBM Południe S. A. i MR System M. L. w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, albowiem oferta ww. konsorcjum, prawidłowo zabezpieczona została wadium oraz jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy, tj. w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Pogląd przeciwny do prezentowanego przez Odwołującego wskazanego jako rzekomo najnowsza linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, który można uznać za dominujący i najbardziej aktualny, do którego przychyliła się Przystępujący został wyrażony w szczególności w następujących wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej:

1. wyrok KIO z 6 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1232/13 w którym Izba wskazała: „Gdy ofertę składa kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a zabezpieczająca taką ofertę gwarancja wadialna wystawiona została tylko na jednego z nich lub nie została wystawiona na wszystkie podmioty, które wspólnie złożyły ofertę, to oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium. Wynika to z solidarnej odpowiedzialności podmiotów składających wspólnie ofertę.”;

2. wyrok KIO z 12 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1289/13 w którym Izba orzekła: „Nie ma żadnego znaczenia prawnego dla oceny skuteczności złożonej gwarancji, okoliczność jej złożenia przez pełnomocnika - lidera konsorcjum, działającego w imieniu i na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Inne podejście prowadziłoby nieuchronnie do wniosku, że nie jest prawnie dopuszczalne składanie ofert przez pełnomocników konsorcjum, a takie wnioskowanie należy uznać za wadliwe.”;

3. wyrok KIO z 3 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2033/13) w którym Izba stwierdziła: „Skoro obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. dotyczą wykonawcy odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. W sytuacji, kiedy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn leżących po stronie członka konsorcjum niewymienionego w treści gwarancji 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, np. od lidera. ”;

4. wyrok KIO z 15 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 649/14 w którym Izba orzekła, że: w przypadku, gdy którykolwiek z wykonawców (członków konsorcjum) spowoduje okoliczności uzasadniające przepadek - wadium, wymienione w art. 46 Pzp, to skutki tego działania rozciągają się na wszystkich członków konsorcjum. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 141 Pzp, który stanowi, że wykonawcy o których mowa w art. 23 ust. 1 Pzp ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten nie wyłącza jednak odpowiedzialności solidarnej na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie za skutki powstania okoliczności, w których zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Zobowiązaniem do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ci wykonawcy. Są oni solidarnie odpowiedzialni za to zobowiązanie na podstawie art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. i art. 14 Pzp. Złożenie oferty wspólnie przez wykonawców jest zaciągnięciem zobowiązania w rozumieniu art. 370 k.c., co powoduje powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne.";

5. wyrok KIO z 27 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1633/14, w którym Izba stwierdziła, iż: 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, a i w takim przypadku Zamawiający uzyskuje ochronę swoich interesów. Należy bowiem pamiętać, że zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy - przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 - przepisy ustawy dotyczące wykonawcy (jednego) stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dlatego też obowiązki, jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będą dotyczyły wszystkich wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu;

6. wyrok KIO z 30 września 2014 r. sygn. akt KIO 1897/14 w którym Izba wskazała: „skutki zaniechań jednego wykonawcy należy odnieść do wszystkich jego współkonsorcjantów również w przypadku pozostałych przesłanek zatrzymania wadium wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, w tym również zaniechania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W tym przypadku zamawiającego nie interesuje, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dostarczył odpowiednich dokumentów, a który z nich to uczynił w świetle powoływanych przepisów zamawiający tego typu dokumentów żąda od wszystkich wykonawców i jakiegokolwiek zaniechanie któregośkolwiek z nich wywiera skutki w odniesieniu do całego konsorcjum i każdego z jego członków z osobna.";

7. wyrok KIO z 5 marca 2015 r. sygn. akt KIO 336/15 gdzie Izba orzekła: „Nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dlatego też obowiązki, jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy, będą dotyczyły tych wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu”.

Należy również podkreślić, iż w orzecznictwie Sądów Okręgowych wykształcił się jednolity pogląd przeciwny od prezentowanego w wyrokach KIO wskazanych przez Odwołującego. W uzasadnieniu wyroku z dnia 12 maja 2006 r. sygn. akt II Ca 489/06 Sąd Okręgowy w Poznaniu wywiódł, iż: złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wstawionej na rzecz jednego członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum, o ile zamawiający w SIWZ nie zawarł (...) wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium. Tożsamy do wskazanego pogląd został wyrażony przez Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z dnia z października 2007 r. sygn. akt XIX Ga 408/07 oraz przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 marca 2009 r. sygn. akt X Ga 25/09.

W tym miejscu wskazać należy również na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2015 r. uwzględniający m.in. skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt: 1251/15. W ustnych motywach rozstrzygnięcia opublikowanych na stronie UZP www.uzp.gov.pl Sąd podzielając stanowisko wskazane w ww. skardze Prezesa UZP wskazał, iż w sytuacji, gdy bankowa gwarancja wadialna została wystawiona po zawarciu umowy konsorcjum, a podmiot zlecający jej wystawienie działał jako lider konsorcjum w ramach szerokiego umocowania do działania w imieniu i na rzecz drugiego z wykonawców, nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia takiego konsorcjum z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium. Sąd zwrócił uwagę na niepodzielny charakter świadczenia konsorcjum, wskazał, że współkonsorcjanci za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego odpowiadają jak dłużnicy solidarni. Sąd podkreślił również abstrakcyjny i samodzielny, niezależny od świadczenia głównego, charakter bankowej gwarancji wadialnej. Wydany w niniejszej sprawie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie ma istotne znaczenie systemowe w kontekście rozbieżności w orzecznictwie na tle treści gwarancji wadialnej wystawionej dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a także praktyki stosowania ustawy.

Mając na uwadze powyżej przywołane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, a w szczególności stanowisko (...) Urzędu Zamówień Publicznych w skardze

wniesionej na wyrok KIO z dnia z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt: 1251/15 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14.10.2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1313/15 wydanym wskutek wniesienia przedmiotowej skargi stwierdzić należy, iż gwarancja bankowa zapłaty wadium załączona do oferty Przystępującego stanowi o pełnym zabezpieczeniu zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego, który może skutecznie domagać się realizacji gwarancji zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy lidera. Nie ma żadnego znaczenia prawnego dla oceny skuteczności złożonej gwarancji, okoliczność jej złożenia przez pełnomocnika - lidera konsorcjum, działającego w imieniu i na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, co zdaje się całkowicie przesądzać o prawidłowym wniesieniu wadium przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji o stanowi o niezasadności wniesionego odwołania.”

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszeń o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, ofert konsorcjów przystępujących wykonawców: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. oraz DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. oraz DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o., przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Dowód zgłoszony przez przystępującego PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. na rozprawie w postaci umowy konsorcjum z dnia 21 lipca 2015 r. nie podlegał uwzględnieniu. Przystępujący zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp przedstawił w dokumentacji wniosku i przy złożeniu oferty pełnomocnictwo konsorcjalne, zatem jedynie ten dokument był miarodajny w postępowaniu przetargowym, co do określenia wykonawcy składającego ofertę wspólną i zakresu umocowania lidera. Do tegoż dokumentu mógł się odnieść odwołujący przedstawiając zarzuty w złożonym odwołaniu. Z kolei Izba związana jest zakresem zarzutów odwołania.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu. Przetarg ograniczony

Sekcja II: Przedmiot zamówienia

II.1.1) Nazwa nadana zamówieniu przez instytucję zamawiającą: Przebudowa budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przebudowy budynku o powierzchni netto ok. 22500 m² położonego przy ul. Poligonowej 3 Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie zgodnie z decyzjami o pozwoleniu na budowę, dokumentacją projektową. Przebudowa obejmuje swoim zakresem także utworzenie sali rozpraw do spraw o charakterze niejawnym oraz utworzenie strefy ochronnej z kancelarią tajną.

2. Termin realizacji zamówienia: do 27 miesięcy, licząc od dnia podpisania umowy do dnia uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, pozytywnej opinii Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego dot. specjalnej strefy ochronnej oraz świadectwa akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego dla systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych, w tym: (...)

Sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym

III.1) Warunki dotyczące zamówienia

III.1.1) Wymagane wadia i gwarancje:

1) Zamawiający wymaga wniesienia wadium.

2) Wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert.

3) Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany będzie przed podpisaniem umowy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

III.2) Warunki udziału

III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1.1. O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, tj. aby wykonawca posiadał:

a) aktualne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, zwane dalej świadectwem, co najmniej trzeciego stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufne lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, w przypadku przedsiębiorcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście poświadczenie bezpieczeństwa potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajności poufne lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW, i zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych - zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jednolity: Dz. U. Nr 182, poz. 1228) oraz zarządzeniem Nr 17-2013 z dnia 15 stycznia 2013 r.

Wiceprezesa Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie zakresu czynności wykonywanych – przez przedsiębiorców w Sądzie Okręgowym w Warszawie – w ramach umów i prac zleconych, z którymi może łączyć się dostęp do informacji niejawnych o klauzuli poufne,
b) aktualną w okresie wykonywania zamówienia koncesję Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221 ze zm.); w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia ww. warunek musi spełniać ten spośród członków konsorcjum, który będzie wykonywał czynności, co do których wymagane jest określone powyżej świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego i koncesja.

1.3. W celu potwierdzenia spełniania opisanych warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania, Wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do oferty wskazanych poniżej dokumentów:

11) aktualne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, zwane dalej świadectwem, co najmniej trzeciego stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufne lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, w przypadku przedsiębiorcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście poświadczenie bezpieczeństwa potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajności poufne lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW, i zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych – zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jednolity: Dz. U. Nr 182, poz. 1228),

12) aktualną w okresie wykonywania zamówienia koncesję Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221 ze zm.);

Każda osoba, której zostaną powierzone czynności w zakresie przedmiotu zamówienia dotyczącego wykonania sali rozpraw do spraw niejawnych i kancelarii tajnej, musi posiadać aktualne poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej poufne, zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228), wystawione zgodnie ze wzorem określonym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2010 r. w sprawie

wzorów poświadczeń bezpieczeństwa (Dz. U. Nr 258, poz. 1752), oraz aktualne świadectwo ukończenia szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

ZMIANA OGŁOSZENIA

Termin realizacji zamówienia: w terminie do 27 miesięcy, licząc od dnia podpisania umowy do dnia uzyskania prawomocnych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla budynku głównego ze strefą niejawną i kancelarią tajną, budynku po serwerowni wraz z służą samochodową, oraz pozytywnej opinii Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego dot. specjalnej strefy ochronnej, a także świadectwa akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego dla systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych:

1) I etap: wykonanie robót budowlanych, kompletnej dokumentacji powykonawczej, złożenie przez Wykonawcę wniosku o pozwolenie na użytkowanie, złożenie przez Użytkownika Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie wniosku do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego o wydanie opinii dot. specjalnej strefy ochronnej oraz świadectwa akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego dla systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych - do 21 miesięcy od dnia podpisania umowy;

2) II etap: uzyskanie prawomocnych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla budynku głównego ze strefą niejawną i kancelarią tajną, budynku po serwerowni wraz z służą samochodową, oraz pozytywnej opinii Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego dot. specjalnej strefy ochronnej, a także świadectwa akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego dla systemu teleinformatycznego do przetwarzania informacji niejawnych - do 27 miesięcy od dnia podpisania umowy.

ROZDZIAŁ II. SIWZ

8) Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.

9) Zamawiający dopuszcza możliwość udziału podwykonawców w realizacji niniejszego zamówienia z zastrzeżeniem, że ze względu na specyfikę części przedmiotu zamówienia dotyczącej wykonania sali rozpraw do spraw niejawnych i kancelarii tajnej, podwykonawcy skierowani do realizacji zamówienia w powyższym zakresie muszą spełniać warunki odnośnie osób realizujących zamówienie określone Sekcji III.2.3 w ogłoszeniu o zamówieniu, dotyczące posiadania aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia, potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufne lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, w przypadku

przedsiębiorcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście poświadczenia bezpieczeństwa potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych, upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajności poufne lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW, i zaświadczenia o odbytych przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych wydawane przez ABW albo SKW.

10) Podwykonawcy, którzy będą wykonywać czynności, co do których wymagana jest koncesja na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r. poz. 1099) oraz koncesja Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r. poz. 1017 ze zm.) w zakresie WT-XI załącznika nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja (Dz. U. z 2001 r. Nr 145, poz. 1625 ze zm.) muszą spełniać warunek posiadania ww. koncesji.

Wykonawca zobowiązany jest do wskazania części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy (...).

ROZDZIAŁ III. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

3. Zawartość merytoryczna oferty

1) Oferta powinna być sporządzona na formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w oparciu o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, stanowiący Załącznik Nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawierać cenę ryczałtową za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem warunków określonych w projekcie umowy, stanowiącym Załącznik Nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

ROZDZIAŁ IV. WADIUM

1. Wartość i formy wniesienia wadium

- 1) Zamawiający wymaga wniesienia wadium.
- 2) Wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert, tj. do dnia 28 września 2015 r. do godz. 12.00, Niewniesienie wadium w tym terminie powoduje

wykluczenie wykonawcy z postępowania. Termin składania ofert został zmieniony do dnia 5 października 2015 r.

- 3) Wadium ustala się w wysokości: - 800.000,00 zł (słownie: osiemset tysięcy złotych 00/100).
- 4) Dowód wniesienia wadium należy dołączyć do oferty.
- 5) Wadium może być wniesione w formach określonych w art. 45 ust. 6 ustawy.
- 6) Wadium w pieniądzu powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy Sądu Okręgowego nr: nr 98 1130 1017 0021 1000 0390 0004 z adnotacją „Wadium - ZP/INW/9/15 „Przebudowa budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie”
- 7) (...)
- 8) Wadium wnoszone w formie innej niż w pieniądzu musi w szczególności określać bezwarunkowy, nieodwołalny obowiązek zapłaty na pierwsze żądanie zamawiającego, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy oraz być ważne przez okres związania ofertą, określony w niniejszej specyfikacji. Dowodem wniesienia wadium jest oryginalny dokument poręczenia lub gwarancji, złożony wraz z ofertą. Wadium nie może mieć zapisów ograniczających obowiązek zapłaty wadium. Oryginał dokumentu (poręczenie bankowe, poręczenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancja bankowa gwarancja ubezpieczeniowa, poręczenie udzielane przez podmioty których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 Nr 42: poz. 275 ze zm.) należy dołączyć do oferty w sposób umożliwiający jego zwrot, bez konieczności rozszywania (dekompletacji) oferty, np. umieścić w oddzielnej kopercie opisując ją Wadium - ZP/INW/9/15 „Przebudowa budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.”
- 9) Dokument wadium musi identyfikować wykonawcę oraz zawierać informację, iż stanowi zabezpieczenie wadium na rzecz Sadu Okręgowego w Warszawie, w przetargu ograniczonym „Przebudowa budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie” postępowanie nr ZP/INW/9/15.
- 10) Wszelkie koszty związane z wniesieniem wadium ponosi wykonawca.

ROZDZIAŁ IX SIWZ. FORMALNOSCI KTÓRE POWINNY ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY.

11. W zakresie wykonania sali rozpraw do spraw niejawnych i kancelarii tajnej przed zawarciem umowy wykonawca, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą musi złożyć następujące dokumenty;

1) świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego Podwykonawcy co najmniej trzeciego stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufne lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW po przeprowadzeniu postępowania bezpieczeństwa przemysłowego, w przypadku przedsiębiorcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście poświadczenie bezpieczeństwa potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajności poufne lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW, i zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych wydawane przez ABW albo SKW - zgodnie z art. 54 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jednolity: Dz. U. Nr 182, póź. 1228) oraz zarządzeniem Nr 17/2013 z dnia 15 stycznia 2013 r. Wiceprezesa Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie zakresu czynności wykonywanych - przez przedsiębiorców w Sądzie Okręgowym w Warszawie - w ramach umów i prac zleconych, z którymi może łączyć się dostęp do informacji niejawnych o klauzuli poufne,

2) dla każdego pracownika wykonawcy i podwykonawcy, któremu zostaną powierzone czynności w zakresie przedmiotu zamówienia dotyczącego wykonania sali rozpraw do spraw niejawnych i kancelarii tajnej poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli poufne lub wyższej, wystawione zgodnie ze wzorem zawartym w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2010 r. w sprawie wzorów poświadczeń bezpieczeństwa (Dz. U. z 2015 r., poz. 220) i zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych ważne w okresie wykonywania umowy, 3) w przypadku zamiaru powierzenia podwykonawcom części, co do których wymagana jest aktualna koncesja aktualną [koncesję] Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r., poz. 1099) ww. koncesję.

12. W związku z tym, że przy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie dostawy części wyposażenia sali rozpraw do spraw niejawnych i kancelarii tajnej wymagane jest posiadanie aktualnej koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r. poz. 1017, ze zm.) w zakresie WT-XI załącznika nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji

oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. (Dz. U. z 2001 r. Nr 145, poz. 1625 ze zm.), Zamawiający wymaga, aby przed podpisaniem umowy wykonawca złożył zamawiającemu aktualną koncesję Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r, poz. 1017 ze zm.) w zakresie WT-XI załącznika nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. (Dz. U. z 2001 r. Nr 145, poz. 1625 ze zm.) wystawioną na podmiot realizujący czynności, co do których wymagane jest posiadanie ww. koncesji, tj. Wykonawcę, Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę.

13. Nieprzedstawienie dokumentów wymienionych w ust. 10 -12 w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (nie krótszym niż 5 dni od dnia prawomocnego wyboru oferty) będzie traktowane jako odmowa wykonawcy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu złożone zostały oferty następujących wykonawców:

1. Oferta nr 1 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DORBUD S.A. i ASD Sp. z o.o., cena brutto 65 813 616,04 zł, gdzie DORBUD S.A. został oznaczony jako pełnomocnik (lider); ASD Sp. z o.o. jako uczestnik konsorcjum. Zostało dołączone pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 15 lipca 2015 r. upoważniające pełnomocnika, między innymi do uzyskania oraz wniesienia wadium lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w imieniu i na rzecz wszystkich Partnerów Konsorcjum i każdego z nich z osobna.

2. Oferta 3 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L., cena brutto 63 954 402,69 zł; gdzie PBM POŁUDNIE został oznaczony jako lider; MR SYSTEM M. L., jako uczestnik konsorcjum. Zostało dołączone pełnomocnictwo do reprezentowania konsorcjum z dnia 22 lipca 2015 r. upoważniające pełnomocnika (lidera) między innymi do składania w imieniu Wykonawców w toku Postępowania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy oraz dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z Postępowaniem (...).

Pełnomocnictwo do reprezentowania konsorcjum z dnia 22.07.2015 r. w odniesieniu do konsorcjum PBM Południe i M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MS System M. L. dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zawiera postanowienia o ustanowieniu PBM Południe liderem tego konsorcjum do reprezentowania wszystkich wykonawców jak również każdego z nich z osobna w tym postępowaniu i w szczególności obejmuje umocowanie dla lidera do złożenia oferty wraz z załącznikami, składania w imieniu wykonawców w toku postępowania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy oraz dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z postępowaniem oraz innych dokumentów składanych przez wykonawców w związku z postępowaniem. Wnoszenia w imieniu wykonawców przysługujących im w postępowaniu środków ochrony prawnej. Prowadzenia z zamawiającym korespondencji związanej z postępowaniem. Zawarcia w imieniu wykonawców umowy z zamawiającym i reprezentowania wykonawców we wszystkich czynnościach z zamawiającym związanych z wykonaniem umowy.

Obydwaj wymienieni wyżej wykonawcy w formularzu ofertowym oznaczyli części zamówienia, które zostaną wykonane przez podwykonawców, w tym roboty/dostawy dla których wymagane jest posiadanie koncesji MSWiA, o których mowa w pkt 12 rozdział IX SIWZ.

Ponadto oferty złożyli:

2. Oferta 2 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. i QUMAK S.A., cena brutto 69 877.530,00 zł;

4. Oferta 4 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "FADBET" S.A. i Centrum Informatyki „ZETO” S.A., cena brutto 67 477 800,00 zł.

Do oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L., została dołączona jako wadium gwarancja bankowa - przetargowa nr 49027KTG15 z dnia 2 października 2015 r., wystawiona przez mBank Spółka Akcyjna, IV Oddział Korporacyjny Warszawa, Al. Jerozolimskie 174, 02-486 Warszawa, adresowana do Sądu Okręgowego w Warszawie zawierająca następującą treść.

Niniejsza gwarancja (dalej zwana "Gwarancją") została wystawiona na zlecenie PBM Południe SA z siedzibą w Warszawie, ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa (dalej zwanej "Wykonawcą") w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania przez Wykonawcę jego zobowiązań wynikających z warunków ogłoszonego przez Państwa przetargu ograniczonego w oparciu o Ustawę z dnia 29 stycznia 2004r. „Prawo zamówień publicznych" (dalej zwaną „Ustawą”), z terminem otwarcia ofert w dniu 05 października 2015 r., którego przedmiotem

jest Przebudowa budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie postępowanie nr ZP/INW/9/15, (dalej zwanych Warunkami Przetargu).

Zgodnie z Warunkami Przetargu Wykonawca winien dostarczyć Państwu gwarancję na kwotę 800.000,00 PLN.

Wystawiając niniejszą Gwarancję my, mBank Spółka Akcyjna, IV Oddział Korporacyjny Warszawa, Al. Jerozolimskie 174, 02-4S6 Warszawa (dalej zwany Bankiem), zrzekając się wszystkich praw sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, zobowiązujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie do zapłacenia na Państwa pierwsze żądanie każdej kwoty do maksymalnej wysokości: 800.000,00 PLN (słownie: osiemset tysięcy złotych, 00/100) po otrzymaniu Państwa pisemnego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że:

1. Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust.3 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej, lub

2. Wykonawca, którego oferta została wybrana:

1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub

2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy

Zobowiązanie Banku wynikające z Gwarancji zmniejsza się o kwotę każdej wypłaty dokonanej zgodnie z jej warunkami.

W celu identyfikacji, żądanie zapłaty zawierające wyżej wspomniane oświadczenie, należy nam przekazać za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, aby potwierdzić, że widniejące na żądaniu podpisy należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w Państwa imieniu. Jeżeli w celu przekazania Państwa żądania bank ten skorzysta z systemu SWIFT, to wówczas będzie zobowiązany przytoczyć pełny tekst żądania wraz z Państwa oświadczeniem i potwierdzić, że oryginalny dokument został przesłany do Banku. (...).

Do oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DORBUD S.A. i ASD Sp. z o.o. została dołączona jako wadium gwarancja ubezpieczeniowa

nr 280000112006 z dnia 18 września 2015 r., wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna o treści.

Ponieważ DORBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą: 25-563 KIELCE, UL. ZAGNAŃSKA 153 (dalej zwany „Wykonawcą”) składa Ofertę na „Przebudowę budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa -Praga w Warszawie”, postępowanie nr ZP/INW/9/15 (dalej zwaną „Ofertą”), niniejszym podajemy do wiadomości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, przy ul. Hestii 1, 81-731 Sopot, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru; Śladowego, prowadzonego przez Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem (...) (zwane dalej „Gwarantem”) jest zobowiązane wobec SĄD OKRĘGOWY W WARSZAWIE z siedzibą: 00-898 WARSZAWA, ALEJA SOLIDARNOŚCI 127 (dalej zwanego „Zamawiającym”) w kwocie 800 000,00 zł (słownie: osiemset tysięcy złotych zero groszy), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym.

Podajemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu: pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający Stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W dniu 12 października 2015 r. zamawiający powiadomił, że jako najkorzystniejszą wybrał ofertę nr 3 złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L., która jest ważna i spełnia wszystkie wymagane warunki. Wykonawca oferuje ceną brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia 63 954 402,69 zł, oferowany okres gwarancji 60 miesięcy. Punktacja 100 pkt.

Oferta nr 1 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DORBUD S.A. i ASD Sp. z o.o. otrzymała łącznie 97,74 pkt.

Oferta 2 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. i QUMAK S.A. otrzymała łącznie 93,22 pkt.

Oferta 4 złożona przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "FADBET" S.A. i Centrum Informatyki „ZETO” S.A. otrzymała łącznie 95,82 pkt.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, złożył trzecią

w kolejności najkorzystniejszą ofertę, mógł zatem wykazywać, że czynności zamawiającego wyboru oferty konsorcjum: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. oraz sklasyfikowaniu na drugiej pozycji oferty konsorcjum DORBUD S.A. i ASD Sp. z o.o. zostały podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy należało uwzględnić, iż zarówno zamawiający, jak i przystępujący po jego stronie wykonawcy upatrywali dostatecznej podstawy prawnej dla uznania prawidłowości złożonych gwarancji wadialnych, ubezpieczeniowej i bankowej w treści regulacji art. 23 ust. 1- 4 ustawy Pzp, która stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z mocy art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jeżeli oferta wspólna wykonawców została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

W ocenie Izby, w ustalonych okolicznościach faktycznych danego postępowania przytaczana wyżej regulacja ustawowa oraz warunki szczegółowe ustalone przez zamawiającego w tym zakresie - w treści SIWZ sprzeciwiają się uznaniu złożonych przez przystępujących gwarancji wadialnych za w pełni prawidłowe.

Nie był sporny bezwarunkowy i nieodwołany charakter przedłożonych gwarancji, płatnych na pierwsze żądanie zamawiającego, oznaczona wysokość sumy gwarancyjnej, czy okres ważności wadium oraz przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, wymienione w ślad za ustawą Pzp, lub poprzez odesłanie do jej odnośnych postanowień. Osią sporu pozostawało natomiast - czy wskazanie jako „wykonawcę” w przedmiotowych gwarancjach wyłącznie firmy lidera konsorcjum, podczas gdy faktycznym „łącznym wykonawcą” pozostają wszyscy uczestnicy danego konsorcjum, którzy złożyli ofertę wspólną - wyczerpuje przesłanki jednoznacznego oznaczenia w dokumencie gwarancyjnym podmiotu (podmiotów), których działania wobec zamawiającego gwarancja ma skutecznie zabezpieczać, i którym jedynie łącznie służy miano „wykonawcy”, który złożył ofertę.

W tym też spornym zakresie odwołanie podlegało rozpatrzeniu. Zdaniem Izby, zakres oznaczenia podmiotu, za którego działania bank, czy ubezpieczyciel zobowiązuje się świadczyć na rzecz zamawiającego, winien być tak samo jednoznacznie określony jak

zakres przedmiotowy okoliczności uprawniających zamawiającego do skorzystania z wadium.

Ponadto, istnieje potrzeba i zasadność precyzyjnego rozdzielenia kompetencji pełnomocnika, tj. lidera konsorcjum i podejmowanych przez niego działań w imieniu reprezentowanego konsorcjum, od oznaczenia samego podmiotu uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, (tak samo jak dotyczy to pojedynczej firmy), t.j. w sytuacji konsorcjum - podania w gwarancji wszystkich firm, które zdecydowały się na wspólne złożenie oferty. W przypadku, gdy mamy do czynienia z konsorcjum przymiot „wykonawcy” przysługuje bowiem łącznie wszystkim podmiotom uczestniczącym w zawartym porozumieniu, a w żadnym razie nie liderowi konsorcjum, będącym jedynie pełnomocnikiem takiego zbiorowego „wykonawcy”.

W sposób niekwestionowany znajduje to odzwierciedlenie w formularzach ofertowych przystępujących, gdzie jako wykonawcy oferujący wykonanie zamówienia zostali podani:

- 1) PBM POŁUDNIE S.A. (lider) i MR SYSTEM M. Lipowski (partner konsorcjum),
- 2) DORBUD S.A. (lider) i ASD Sp. z o.o. (partner konsorcjum).

W oparciu o udzielone pełnomocnictwo konsorcjalne, w tym zakres powierzonych czynności, liderzy konsorcjów byli uprawnieni do złożenia oferty w imieniu reprezentowanych firm oraz załatwienia spraw związanych z uzyskaniem w imieniu konsorcjów wadium oraz ich złożenia zamawiającemu, nawet gdy w pełnomocnictwie dla PBM POŁUDNIE S.A. - nie wspomina się wprost o umocowaniu do wniesienia wadium. W żadnym razie nie można jednak utożsamiać wyłącznie lidera konsorcjum z „wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia,” o którym mowa w art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

W odmiennym przypadku, i gdyby podzielić poglądy zamawiającego i przystępujących po jego stronie wykonawców, należałoby założyć, iż w treści formularza oferty może być wymieniony jedynie lider, albowiem okoliczność kto składa ofertę wynika z załączonego dokumentu pełnomocnictwa konsorcjalnego.

Podobnie przedstawia się wnoszenie odwołania przez konsorcjum. Nie ulega wątpliwości, że jako podmioty - wykonawca odwołujący muszą być wymienieni wszyscy uczestnicy konsorcjum, mimo że odwołanie może być wniesione przez samego lidera, jeżeli wynika to z posiadanego przez niego umocowania. Gdyby zaś jako „odwołujący wykonawca” oznaczony został sam lider konsorcjum, Izba odrzuciła by odwołanie na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż odwołanie przysługuje wykonawcy (konsorcjum), który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu zamówienia, nie zaś liderowi konsorcjum, który nie składa samodzielnie oferty i nie może pozyskać zamówienia na swoją rzecz.

Lider, niezależnie od tego, że najczęściej uczestniczy w danym konsorcjum, działa sam na zewnątrz wyłącznie jako pełnomocnik konsorcjum, zatem w każdej sytuacji jest zobowiązany podać dokładnie kogo reprezentuje i w czyim imieniu zleca wystawienie gwarancji wadialnej dla zamawiającego. Niezależnie od tego, że suma gwarancyjna może wynikać z kilku dokumentów gwarancji, uzyskanych przez poszczególnych uczestników konsorcjum, co także nie zwalniałoby ich od wskazania „wykonawcy” składającego ofertę wspólną, którą ustanowione wadium zabezpiecza.

Powyższe warunki wystawienia gwarancji wadialnej, jako jednego ze sposobów wniesienia wadium, wymienionych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, wynikają z przepisów art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Nieuprawnione pozostają argumenty zamawiającego, że właśnie w oparciu o tę regulację lider (pełnomocnik) konsorcjum może działać samodzielnie bez ujawnienia na zewnątrz wobec banku, czy ubezpieczyciela, iż nie jest samodzielnym wykonawcą, który złożył ofertę podlegającą zabezpieczeniu poprzez wadium.

Niezależnie od regulacji ustawowej zamawiający wskazał w SIWZ - ROZDZIAŁ IV pkt 9 - w sposób wiążący jego samego, jak i uczestników postępowania przetargowego, że „*Dokument wadialny musi identyfikować wykonawcę*”. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że wskazanie to nie ma żadnego znaczenia i odnosi się do kwestii porządkowych. Jest wręcz przeciwnie, gdyż jawi się ono jako wymóg identyfikacji podmiotowej wykonawcy, za którego działania gwarant ma wykonać świadczenie pieniężne na rzecz zamawiającego.

W dokumentach gwarancyjnych, wbrew wyraźnym wskazaniom SIWZ - jako wykonawcy zostali wskazani pełnomocnicy konsorcjów przystępujących. Wynika to z dosłownej treści przedstawionych gwarancji:

- „*Niniejsza gwarancja (dalej zwana "Gwarancją") została wystawiona na zlecenie PBM Południe SA z siedzibą w Warszawie, ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa (dalej zwanej "Wykonawcą") w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania przez Wykonawcę jego zobowiązań wynikających z warunków ogłoszonego przez Państwa przetargu ograniczonego (...),*

- „*Ponieważ DORBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą: 25-563 KIELCE, UL. ZAGNAŃSKA 153 (dalej zwany „Wykonawcą”) składa Ofertę na „Przebudowę budynku położonego przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla potrzeb Sądu Okręgowego Warszawa -Praga w Warszawie”.*

Wykonawcy w przedstawionych gwarancjach wadialnych zostali błędnie zidentyfikowani, gdyż za wykonawcę podani zostali wyłącznie liderzy konsorcjum

(pełnomocnicy), co stanowi okoliczność bezsporną i wyłącznie ich działania gwarant objął swoją odpowiedzialnością.

Z samej dosłownej treści udzielonych gwarancji wynika, że liderzy przystępujących do postępowania firm nie ujawnili wobec banku oraz towarzystwa ubezpieczeniowego gwaranta, że nie stanowią samodzielnych wykonawców, ale jedynie reprezentują wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tych warunkach zarówno mBank Spółka Akcyjna, IV Oddział Korporacyjny Warszawa, Al. Jerozolimskie 174, 02-456 Warszawa 3, jak i Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, przy ul. Hestii 1, 81-731 Sopot, w wydanych przystępującym gwarancjach wadialnych oznaczyli jako „wykonawców” wyłącznie liderów wymienionych konsorcjów, co nie odpowiada stanowi rzeczywistości, gdyż jak wyżej była mowa liderom (pełnomocnikom) nie przysługuje samodzielny status wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Zamawiający w ocenie Izby, nie mógłby zatem skutecznie skorzystać ze złożonych mu gwarancji i w razie zaistnienia zdarzeń uprawniających do zatrzymania wadium złożyć zgodnego stanem rzeczywistym oświadczenia, iż oznaczone działanie „wykonawcy wskazanego w treści gwarancji wadialnej” wyczerpuje przesłanki zatrzymania wadium wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez sam fakt, że taki wykonawca (lider-pełnomocnik) nie złożył własnej oferty i nie uczestniczył samodzielnie w danym postępowaniu.

Nie można było pominąć, iż jakkolwiek zamówienie dotyczy zasadniczo robót budowlanych, to jednocześnie ma specyficzny charakter, gdyż ze względu na określone roboty/dostawy wchodzące w skład zamówienia wymaga uczestnictwa w tych pracach podmiotu, posiadającego koncesje MSWiA, o których mowa w pkt 12 rozdziału IX SIWZ. *„W związku z tym, że przy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie dostawy części wyposażenia sali rozpraw do spraw niejawnych i kancelarii tajnej wymagane jest posiadanie aktualnej koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r. poz. 1017, ze zm.) w zakresie WT-XI załącznika nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. (Dz. U. z 2001 r. Nr 145, poz. 1625 ze zm.), Zamawiający wymaga, aby przed podpisaniem umowy wykonawca złożył zamawiającemu aktualną koncesję*

Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym i policyjnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r, poz. 1017 ze zm.) w zakresie WT-XI załącznika nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie rodzajów broni i amunicji oraz wykazu wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na których wytwarzanie lub obrót jest wymagana koncesja. (Dz. U. z 2001 r. Nr 145, poz. 1625 ze zm.) wystawioną na podmiot realizujący czynności, co do których wymagane jest posiadanie ww. koncesji, tj. Wykonawcę, Podwykonawcę lub Dalszego Podwykonawcę.”

Ponadto jak przytoczono w ustaleniu materiału dowodowego sprawy, zamawiający przed zawarciem umowy żąda świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, i dla każdego pracownika wykonawcy i podwykonawcy, któremu zostaną powierzone czynności w zakresie sali rozpraw do spraw niejawnych i kancelarii tajnej - poświadczenia bezpieczeństwa upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych, nadto koncesji MSWiA na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia.

Zamawiający żąda przedłożenia wymienionych wyżej poświadczeń i koncesji przed zawarciem umowy (ROZDZIAŁ IX pkt 11 SIWZ) i wyraźnie zapowiedział, w pkt 13 tegoż rozdziału SIWZ, że „Nieprzedstawienie dokumentów wymienionych w ust. 10 -12 w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (nie krótszym niż 5 dni od dnia prawomocnego wyboru oferty) będzie traktowane jako odmowa wykonawcy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego,” skutkująca co oczywiste zatrzymaniem wadium.

Sprawy odwoławcze związane z zamówieniami na usługi ochrony osób i mienia oraz na przedmioty o przeznaczeniu wojskowo - policyjnym bywają przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Stąd wiedza, że rynek podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, szczególnie w tym drugim zakresie jest dosyć hermetyczny i ograniczony. Koncesja musi obejmować ze szczegółowością wynikającą z danych przepisów uprawnienia do obrotu oznaczonym sprzętem. Zarówno sprzedaż jak i nabywanie sprzętu o przeznaczeniu policyjno wojskowym bez koncesji lub z jej przekroczeniem objęte jest sankcjami karnymi i powoduje bezwzględną nieważność umowy. Jak była wyżej mowa, dany zakres zamówienia obaj przystępujący wskazali w formularzu oferty, jako powierzany podwykonawcom.

Przytaczane okoliczności pozwalają na ocenę przedłożonych gwarancji wadialnych także z tego punktu widzenia, że przystępujący wykonawcy poprzez celowe nieprawidłowe

oznaczenie wykonawcy, chcieli zostawić sobie „furtkę wyjścia” w przypadku braku pozyskania kontrahenta (podwykonawcy) z odpowiednimi uprawnieniami i możliwości obrony przed zapłatą niebagatelnej kwoty wadium 800 000,00 zł, gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z braku odpowiednich pozwoleń, które mają być złożone dopiero przed zawarciem umowy.

W ocenie Izby rzeczą nie nastęrczącą żadnych trudności profesjonalnemu wykonawcy (art. 355 K.c.) było wskazanie w treści gwarancji, że wykonawcą składającym ofertę w danym postępowaniu jest konsorcjum w oznaczonym składzie, a podmiot zlecający wystawienie gwarancji (lider) działa jedynie w charakterze pełnomocnika wykonawcy - konsorcjum. Izba w żadnym wypadku nie odmawia prawa liderowi do załatwiania w imieniu i na rzecz oznaczonego konsorcjum spraw związanych z wystawieniem i złożeniem zamawiającemu dokumentów w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej - potwierdzających wniesienie wadium, umożliwiającego udział wykonawcy w przetargu publicznym. Przy czym zlecenie załatwienia takich spraw może nastąpić nie tylko przez lidera konsorcjum, ale również przez dowolnie obranego pełnomocnika, jednakże przy uwidocznieniu w treści gwarancji mocodawcy, dla którego w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania jego zobowiązań wynikających z warunków ogłoszonego przetargu ograniczonego - gwarancja była wymagana.

Zdaniem Izby, tylko z powodów wyżej przytoczonych należy uznać przedłożone przez skarżone konsorcja gwarancje wadialne za wadliwe, zatem zobowiązujące zamawiającego do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. oraz DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz uznania złożonych ofert za odrzucone stosownie do postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał, naruszając powołane przepisy.

Nie można zgodzić się z poglądami zamawiającego i przystępujących po jego stronie wykonawców, że z żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, ani z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie wynika obowiązek wskazywania w gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum. Obowiązek taki statuuje po pierwsze art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wszędzie tam gdzie występuje konsorcjum, inaczej mówiąc „kilka odrębnych podmiotów” w charakterze strony stosunku prawnego, (czynności prawnej) - winno ono być w sposób jednoznaczny oznaczone, nie inaczej jak, gdy stroną jest pojedynczy wykonawca. Tak samo z przepisów Kodeksu cywilnego odnoszących się do pełnomocnictwa i pełnomocnika należy wywieść obowiązek wskazania w jednostronnym dokumencie - mocodawcy w imieniu którego działa pełnomocnik. Nie można mieć najmniejszych wątpliwości, że liderzy konsorcjów: PBM POŁUDNIE S.A. oraz DORBUD S.A.

nie działali wobec oznaczonego banku i towarzystwa ubezpieczeniowego we własnym imieniu, jako wykonawcy którzy złożyli oferty, lecz jako pełnomocnicy wykonawcy - konsorcjów, którzy uczestniczą w postępowaniu przetargowym z racji złożenia oferty wspólnej.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawcy bagatelizowali fakt, że SIWZ w tym postępowaniu zawierała również jednoznaczną dyspozycję, aby dokument wadialny identyfikował wykonawcę, a więc konsorcjum. Okoliczność taką Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał za istotną dla oceny gwarancji wadialnej w przywoływanej skardze na wyrok KIO o sygn. akt 1251/15 rozpatrzonej przez Sąd Okręgowy w Warszawie pod sygn. XXIII Ga 1313/15.

Zdziwienie Izby może budzić niekonsekwentna postawa zamawiającego, gdyż z jednej strony obwarował on zawarcie umowy z wybranym wykonawcą dodatkowymi istotnymi warunkami w zakresie wykazania przed zawarciem umowy legitymowania się przez wykonawcę zamówienia, czy jego podwykonawców stosownymi pozwoleńiami i koncesjami MSWiA, pod rygorem *traktowane* braku stosownych pozwoleń - *jako odmowy wykonawcy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego*". Z drugiej zaś strony nie egzekwuje wyznaczonego obowiązku, aby dokument wadialny identyfikował wykonawcę, który złożył ofertę. Z powyższego wynika, że zamawiający ma pełną świadomość, iż zawarcie umowy z wykonawcą nie dysponującym stosowną koncesją, czy innymi wymaganymi zezwoleniami, byłoby prawnie niemożliwe i pociągałoby za sobą konieczność zażądania od gwaranta wadium w kwocie 800 000,00 zł, zabezpieczającego jednakże w sposób prawidłowy i jednoznaczny oferty złożone w postępowaniu - to jest nie przez pełnomocników konsorcjów, a przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Zdaniem Izby, zamawiający względem oferty wybranej oraz sklasyfikowanej na drugiej pozycji, przyjmując za prawidłowe wadliwe gwarancje przetargowe - możliwości skutecznego uzyskania wadium sobie nie zabezpieczył. Ewentualność skorzystania z wadium w warunkach tego zamówienia może znaleźć swój wymiar praktyczny. Nie tylko chodzi o wadliwość złożonych gwarancji w okolicznościach wspólnego ubiegania się o zamówienie ale o jej nieskuteczność jako wadium, w razie wezwania do realizacji gwarancji z przyczyn wskazanych w art. 46 ust. 5 Pzp, co oczywiście odnoszonych do całego konsorcjum- nie objętego gwarancją, zatem gwarant odmówi wypłaty, gdyż na podstawie podjętego zobowiązania nie jest on zobowiązany do takiego świadczenia na rzecz beneficjenta. Wyczerpuje to zatem przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i jest równoznaczne z niewniesieniem wadium, obligując zamawiającego do wykluczenia wykonawców z tej przyczyny.

Funkcja lidera konsorcjum sprowadza się w oparciu o art. 23 ust. 2 ustawy Pzp wyłącznie do roli pełnomocnika, a nie żadnego współwłaściciela, czy wspólnika, który mogły podejmować działania w imieniu własnym w ramach ustawowych uprawnień do prowadzenia spraw podmiotu - przykładowo jak ma to miejsce w odniesieniu do spółki cywilnej. Powszechnie wiadomym jest, że pełnomocnictwo oparte jest o umowę zlecenia w rozumieniu art. 734 § K.c., gdyż przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej w imieniu dającego zlecenie. Następuje jedynie rozliczenie wydatków lidera konsorcjum - jako pełnomocnika, w tym ewentualnie związanych z ustanowieniem wadium zabezpieczającego ofertę danego konsorcjum.

Podstawową funkcją wadium jest pełne zabezpieczenie interesów zamawiającego w przypadku zaistnienia zdarzeń opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Bezsporne pozostaje, że o prawidłowo i skutecznie wniesionym wadium można mówić wówczas, gdy:

- zostało wniesione w wymaganej kwocie i przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert
- w formach dopuszczonych w ustawie Pzp, na wyznaczony okres związania ofertą
- spełnia wymogi uregulowane odrębnymi przepisami, w tym ustawy Prawo bankowe i ustawy o działalności ubezpieczeniowej, w przypadku, gdy nie jest wnoszone w formie pieniężnej
- określa zgodnie ze stanem rzeczywistym podmiot (wykonawcę), który złożył ofertę w postępowaniu, i którego działania w całości (a nie w odniesieniu do poszczególnych uczestników konsorcjum) wadium ma zabezpieczać.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wobec wskazania w dokumentach gwarancji wadialnej bankowej i ubezpieczeniowej skarżonych konsorcjów - jako wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu - pełnomocnika, inaczej mówiąc lidera konsorcjum, w ogólności podmiot, to jest wykonawca - stanowiący konsorcjum, do którego zachowań zamawiający mógłby odnieść swoje oświadczenie o zaistnieniu któregośkolwiek z enumeratywnie wymienionych przypadków w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp i skierować do banku lub ubezpieczyciela żądanie zapłaty sumy gwarancyjnej - nie egzystuje w przedstawionych gwarancjach. Z tych względów wadium w omawianej formie nie pokrywa i nie zabezpiecza interesów zamawiającego, tak w postaci możliwości sformułowania wystąpienia do gwaranta, ze wskazaniem oznaczonego w ustawie zachowania „wykonawcy” uprawniającego do zatrzymania wadium, jak i następnie żądania z tego tytułu wypłaty kwoty wadium w oparciu o zapewnienie. Nie spełnia zatem żadnych z przypisanych tej instytucji funkcji, gwarancyjnej, zabezpieczającej, czy kompensacyjnej. Liczy się nie tylko sama bezwarunkowość, nieodwołalność gwarancji, płatność na pierwsze żądanie, ale sam fakt czy zamawiający zgodnie z zaistniałym stanem rzeczywistym byłby w stanie sformułować tak

swoje oświadczenie, jak i żądanie zapłaty wadium, aby działać przy tym w ramach upoważnienia wynikającego z samej treści tychże gwarancji. Dla wywieźdzenie prawidłowości gwarancji wadialnej, zamawiający nie może doznawać żadnych przeszkód w jej uruchomieniu, w przypadku zaistnienia zdarzeń po stronie wykonawcy aktualizujących podstawy do wypłaty wadium. W przypadku, gdy w gwarancji jako wykonawca widnieje tylko pełnomocnik, zamawiający nie mógłby oświadczyć, np. że „wykonawca” nie przedstawił wymaganych dokumentów, wobec czego zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Tym bardziej, gdyby np. dokument koncesji miał przedstawić podwykonawca, angażowany przez konsorcjum, przez co nie związany z konkretnym uczestnikiem konsorcjum.

Niekwestionowany pozostaje abstrakcyjny charakter gwarancji, który ponad jej dosłowną treścią nie daje żadnych możliwości zamawiającemu, poza złożeniem oświadczenia (zapewnienia) co do zaistnienia przesłanek i żądania zapłaty, dodatkowych wyjaśnień że w istocie to nie wskazany w gwarancji pełnomocnik jest „wykonawcą,” ale całe konsorcjum w oznaczonym składzie - za skutki działania, czy zaniechania którego gwarant nie zobowiązał się świadczyć na rzecz zamawiającego jako beneficjenta gwarancji.

Izba opowiada się za prawidłowością stanowiska, w świetle którego dokument gwarancji wadialnej wystawiony tylko na jednego uczestnika konsorcjum - jego lidera działającego jako pełnomocnik, w sytuacji gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne nie zapewnia celu ustanawiania wadium i może powodować uzasadnione przeszkody w jego realizacji. W ocenie Izby, taki dokument z braku prawidłowego wskazania „wykonawcy” nie umożliwi uznania, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli wadium przed upływem terminu składania ofert, co aktualizuje obowiązek zamawiającego wykluczenia takich wykonawców z postępowania wobec zaistnienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i uznania ich ofert za odrzucone zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

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 bankowej, czy ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków

zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego (tj. 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 beneficjanta 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. Nawet 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, a nie są na etapie postępowania przetargowego, 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 nieznanym sobie konsorcjantów podmiotu lidera zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści listu gwarancyjnego np. przez wskazanie, że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko oznaczonego lidera (pełnomocnika), 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 orzekł 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*

bezwartunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353¹ 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 tylko pełnomocnika (lidera) wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji.

Z uwagi na powyższe Izba nie mogła podzielić stanowiska, że gwarancja wadialna wystawiona na jednego członka konsorcjum (lidera nazwanego bezpodstawnie wykonawcą) zabezpiecza interesy zamawiającego i jest prawidłowa. Tym samym Izba podzieliła to stanowisko orzecznictwa, które wskazuje na konieczność objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum (wyroki zespołów arbitrów: z 25 września 2002 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1221/02, z 24 stycznia 2006 sygn. akt UZP/ZO/0-149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 20 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1408/10, z dnia 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14, z 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694/14, z 5 maja 2015r. sygn. akt KIO 813/15, z 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, z 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15, z 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1936/15, wyroki sądów powszechnych: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15).

Nie można podzielić prezentowanego przez zamawiającego stanowiska, że skoro jeden z konsorcjantów działał jako pełnomocnik całego konsorcjum, to wystarczająca była gwarancja, w której tylko ten pełnomocnik został wskazany. Z faktu udzielenia pełnomocnictwa wynika tylko tyle, że umocowany podmiot (lider konsorcjum) może samodzielnie zawrzeć umowę gwarancji, z tym jednak zastrzeżeniem, że działa on w imieniu i na rzecz konsorcjum, co powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści gwarancji. Treść pełnomocnictwa określa bowiem kompetencje lidera do reprezentowania konsorcjum, co nie czyni z niego wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie. Zatem gwarancja udzielona na zlecenie umocowanego lidera konsorcjum stanowiłaby prawidłowo wniesione wadium, pod warunkiem, że zakresem gwarancji zostałyby objęte okoliczności związane ze złożeniem oferty wspólnej. Tylko w ten sposób można rozumieć postanowienie SIWZ, w którym zamawiający zezwolił pełnomocnikowi na wniesienie wadium, żądając jednocześnie identyfikacji wykonawcy. Postanowienie to nie zezwalało na ograniczenie zakresu podmiotowego gwarancji tylko do lidera konsorcjum, ale uprawniało wyłącznie do wniesienia wadium przez jednego wykonawcę w imieniu i na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zachodzi więc sprzeczność między tym postanowieniem SIWZ, a dokonaną przez zamawiającego oceną prawidłowości wniesienia

wadium. 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). Fakt działania w charakterze pełnomocnika konsorcjum nie został odzwierciedlony w treści przedłożonych przez przystępujących gwarancji wadialnych. Nawet 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 wskazująca na udział w postępowaniu tylko tego lidera konsorcjum.

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 uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, gdyż gwarant nie obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczących wykonawcy (całego konsorcjum), o którym nie miał wiedzy zawierając umowę. Sam gwarant bank oraz firma ubezpieczeniowa - ograniczyli w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających. W ocenie Izby wskazuje to na wolę gwarantów 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 (zapewnienie) 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 prawo uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że obie omawiane oferty wspólne zostały prawidłowo zabezpieczone wadium, w związku z czym zachodziły obligatoryjne podstawy do wykluczenia przystępujących z postępowania.

Argumenty będące podstawą powyższego stanowiska pozostają bowiem aktualne w odniesieniu do wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która jako nieodwołana i bezwarunkowa jest również zobowiązaniem abstrakcyjnym i nieakcesoryjnym (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r. V CSK 233/09), ze wszystkimi tego skutkami przedstawionymi we wcześniejszej części uzasadnienia. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana szczegółowo w przepisach ustawowych. Gwarancja ubezpieczeniowa wymieniona jest jako jedna z czynności ubezpieczeniowych w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 950 ze zm.) Zatem wobec powyższego - treść zobowiązania towarzystwa

ubezpieczeniowego - wynikająca z umowy gwarancji ubezpieczeniowej, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta ustalany jest przez strony umowy i w sposób wyłączny i pełny określony pozostaje w treści udzielonej gwarancji.

W ocenie Izby brak jest podstaw, aby wywodzić solidarną odpowiedzialność uczestników konsorcjum na etapie postępowania przetargowego. Zgodnie z art. 141 ustawy Pzp, wykonawcy, o których mowa w art. 23 tej ustawy ponoszą jedynie solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc odnosi się ona do etapu realizacji umowy, a nie okresu ją poprzedzającego. Solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum względem zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie, z którym to powiązane jest wniesienie wadium. Art. 369 K.c. stosowany w związku z art. 14 ustawy Pzp stanowi, że zobowiązanie jest solidarne, gdy wynika to z ustawy lub z czynności prawnej. Skarżeni wykonawcy w złożonej zamawiającemu dokumentacji, nie przedstawili żadnych umów konsorcjalnych, z których wynikałyby ich solidarna odpowiedzialność za wniesienie wadium. Złożone zostały jedynie pełnomocnictwa dla liderów, w tym obejmujące umocowanie do czynności wniesienia wadium. Nawet gdyby umownie została ustalona solidarna odpowiedzialność uczestników konsorcjum pozostawałoby to skuteczne między podmiotami nawiązującymi taki stosunek, a nie *erga omnes*, to jest ani w relacji uczestnicy konsorcjum - zamawiający, ani w relacji uczestnicy konsorcjum - bank, czy firma ubezpieczeniowa, gdyż stosunek taki nie rodzi skutków prawnych wobec osób trzecich.

Nie ma również najmniejszych podstaw do zastosowania art. 370 K.c., który przewiduje, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba, że umówiono się inaczej. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych konsorcjum stanowi jedynie rodzaj porozumienia co do wspólnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego przez określony krąg odrębnych prawnie i majątkowo podmiotów gospodarczych, działających poprzez wyznaczonego pełnomocnika (zapewne z rozliczeniem ponoszonych przez niego kosztów). Nie można więc mówić o istnieniu wspólnego mienia podmiotów łącznie ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Nie sposób podzielić stanowiska o istnieniu solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z całą pewnością nie wynika ona z żadnego z przepisów ustawy Pzp. Skoro solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 ustawy Pzp i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, *a contrario*, solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium. Zawiązanie

konsorcjum dla potrzeb ubiegania się o konkretne zamówienie nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej (w przeciwieństwie do spółki cywilnej, w przypadku której następuje wniesienie wkładów i powstanie majątku wspólnego).

Konsorcjum nie zaciąga własnych zobowiązań, ani nie posiada wspólnego majątku, zatem w sferze zewnętrznej konsorcjanci działają samodzielnie lub przez pełnomocników. Pogląd przeciwny nie ma oparcia w przepisach prawa.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, tak z uwagi na abstrakcyjny charakter udzielenia gwarancji wadialnej, jak i wyraźny wymóg w SIWZ identyfikacji podmiotu wykonawcy, którego ofertę wadium zabezpiecza, w ocenie Izby wadium wnoszone w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej winno w swej treści zawierać oznaczenie podmiotu zabezpieczającego zapłatę wadium przez wskazanie wszystkich uczestników konsorcjum - jako wykonawcy, a nie poprzez oznaczenie lidera konsorcjum, który w istocie pozostaje jedynie pełnomocnikiem, a nie wykonawcą, który składa ofertę - z tego tytułu będącym zobowiązanym do wniesienia wadium, co w oczywisty sposób nie daje zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Wadliwość złożonej gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań liderów konsorcjów (pełnomocników).

Wniesienie wadium należy tylko wtedy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę.

Nie miały decydującego znaczenia przytoczone przez zamawiającego oraz przystępujących po jego stronie wykonawców odmienne argumenty dotyczące natury stosunku prawnego udzielenia gwarancji wadialnej, czy ustalenia podstaw dla wywiedzenia solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum z tytułu wadium. Nie mniej Izba w tym składzie podziela poglądy wyrażone między innymi w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1936/15 z dnia 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 2067/15; 2069/15; 2071/15 z dnia 8 października 2015 r. oraz w wyroku Sadu Okręgowego w Warszawie sygn. akt Ga 1041/15 z dnia 10 września 2015 r., które można uznać za wyraz kształtowania się aktualnej linii orzeczniczej w tym względzie.

W tym stanie rzeczy zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 7 ust. 1 i 3 w związku art. 24 ust. 2 pkt. 2 i art. 24 ust. 4 oraz w z związku z art. 23 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 4a i 5 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. oraz DORBUD S.A. i ASD Sp. o.o. oraz uznania złożonej przez tych wykonawców oferty za odrzucone, w sytuacji gdy wadium dołączone do oferty ww. wykonawców nie zostało skutecznie wniesione, gdyż złożona w postępowaniu gwarancja wadialna nie odpowiada w swej treści wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia

2) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonania wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBM POŁUDNIE S.A. i MR SYSTEM M. L. jako najkorzystniejszej, mimo że oferta podlegała odrzuceniu skutkiem zaistniałych podstaw do wykluczenia tego wykonawcy - znalazły potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy.

W następstwie naruszenia ww. wskazanych przepisów doszło do naruszenia zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nakazujących przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy zostały przez odwołującego wycofane i nie podlegały rozpatrzeniu.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

