

WYROK

z dnia 18 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 3 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Drawsko Pomorskie* (nr postępowania URN.271.6.2015.DP)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Drawsko Pomorskie**

przy udziale wykonawców: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO FIUK sp. k. z siedzibą w Chojnicy, LOTO SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 1177/15

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Drawsko Pomorskie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „ustawa”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Drawsko Pomorskie* (nr postępowania URN.271.6.2015.DP).

Ogłoszenie tym o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2015/S_052-091094 z 14 marca 2015 r., z tym że 11 marca 2015 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej {www.drawsko.pl}.

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

25 maja 2015 r. Zamawiający przekazał faksem i drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO FIUK sp. k. z siedzibą w Chojnicy {dalej również: „Eko Fiuk”} i LOTO SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy {dalej również: „Lotof System”} wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Eko Fiuk” lub „Konsorcjum”}.

3 czerwca 2015 r. Odwołujący – REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „Remondis”} wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewykluczenie Wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Eko Fiuk z postępowania, podczas gdy w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający powinien uznać, że treść przedłożonej przez tych Wykonawców gwarancji ubezpieczeniowej uniemożliwia mu dochodzenie zapłaty wadium w przypadku ziszczenia się warunków o jakich mowa art. 46 ust. 4a i 5, jeżeli ziszczenie tych warunków związane byłoby z działaniem lub zaniechaniem spółki Lotof

System.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 5 – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty Konsorcjum Eko Fiuk, podczas gdy z uwagi na powyższe złożona przez nie oferta powinna zostać odrzucona.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez jego niezastosowanie, podczas gdy Konsorcjum Eko Fiuk powinno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferta odrzucona, co rezultacie powinno prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w odwołaniu.
2. Wykluczenia Konsorcjum Eko Fiuk z udziału w postępowaniu.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Eko Fiuk.
4. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że Konsorcjum Eko Fiuk złożyło w przedmiotowym postępowaniu ofertę z 18 maja 2015 r., do której załączono dokument zatytułowany „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” z 30 kwietnia 2015 r. (nr 12/15-/2013/BY), wystawiony przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący wskazał, że z treści tego dokumentu wynika, że gwarancja została wystawiona na zlecenie jednego z wykonawców wchodzącego w skład Konsorcjum – Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego Eko Fiuk sp. k. z siedzibą w Chojnicy, wymienionego wyłącznie jako wykonawca w treści gwarancji. Natomiast w żadnym miejscu gwarancja nie odnosi się do Lotof System sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy, w szczególności nie wymienia tego Wykonawcy w definicjach stron stosunku gwarancyjnego.

Odwołujący dodał, że z dalszej części gwarancji wynika nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłaty wadium w przypadku wystąpienia zdarzeń opisanych w pkt 4 gwarancji.

Odwołujący wywiódł, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została w sposób szczególny uregulowana przepisami aktów powszechnie obowiązującego prawa. O istnieniu takiej instytucji wspomina jedynie art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 950 ze zm.) w ramach katalogu czynności ubezpieczeniowych. Z faktu tego oraz z treści zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. wynika, że odpowiedzialność gwaranta kształtowana jest przez strony umowy gwarancyjnej i w sposób wyczerpujący określona jest w jej treści.

Dla Odwołującego treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Konsorcjum Eko Fiuk nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania tylko jednego z Wykonawców wchodzących w jego skład Konsorcjum Eko Fiuk, gdyż gwarancja nigdzie nie wskazuje, aby Eko Fiuk miał ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wspólnie z Lotof System. W treści tego dokumentu nigdzie i w żadnym kontekście nie wymieniono firma tej spółki. Nie wskazano także, że spółka Eko Fiuk działa w imieniu i na rzecz jakichś innych podmiotów.

Zdaniem Odwołującego wszelkie zdarzenia aktualizujące obowiązek gwaranta dotyczący zapłaty wadium związane są wyłącznie z działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy wymienionego w gwarancji. Oznacza to, że gwarancja ta nie obejmuje zobowiązania zapłaty wadium związanego z działaniem lub zaniechaniem drugiego Wykonawcy wchodzącego w skład Konsorcjum Eko Fiuk. Gdyby przykładowo spółka Lotof System odmówiłaby podpisania umowy na przedmiotowe zamówienie, gwarant nie byłby zobowiązany do zapłaty wadium. *To samo dotyczy sytuacji, w której ziszczenie się warunków o jakich mowa w art 46 ust, 4a i 5 Pzp.*

Według Odwołującego uzasadnione jest więc zapatrywanie, że tak ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego nie zapewnia Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń wadialnych w każdym przypadku. Zamawiający nie będzie mógł żądać od gwaranta zapłaty wadium w przypadku, gdy ziszczenie się warunków uprawniających do zatrzymania tego wadium związane będzie tylko z działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy niewymienionego w dokumencie gwarancyjnym.

Zdaniem Odwołującego w związku z powyższym oferta Konsorcjum Eko Fiuk nie zawiera elementów wymaganych przez specyfikację istotnych warunków zamówienia dla tego postępowania.

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 SIWZ wadium może być wnoszone w pieniądzu, w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Natomiast zgodnie z ust. 4 pkt 1 tego samego rozdziału SIWZ, w przypadku gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji) zawierające oświadczenie, że zaistniały przesłanki jego zatrzymania. Ponadto zgodnie z rozdziałem IX ust. 4 pkt 2 lit. c

SIWZ oferta wspólna, składana przez dwóch lub więcej wykonawców, powinna być sporządzona w ten sposób, aby *dokumenty wspólne takie jak np.: oferta cenowa, wykaz prac podobnych, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu itp. składał pełnomocnik wykonawców w imieniu wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną.*

Według Odwołującego powyższe postanowienia SIWZ nie pozostawiają wątpliwości, że w przypadku oferty wspólnej, pomimo że gwarancja ubezpieczeniowa może być wystawiona na zlecenie jednego z wykonawców, przy zawarciu gwarancji wykonawca ten musiałby działać na rzecz wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną, a ochrona gwarancyjna powinna dotyczyć działań lub zaniechać wszystkich wykonawców składających tę ofertę.

Dla Odwołującego oczywiste także jest, że treść ochrony gwarancyjnej powinna wynikać z treści gwarancji (tj. gwarancja powinna wymieniać wszystkich wykonawców składających wspólną ofertę). Konstatacja ta wynika z wykładni celowościowej wspomnianych przepisów. Gwarancja ubezpieczeniowa na zabezpieczenie zapłaty wadium powinna być udzielona w taki sposób, aby jak najpełniej zabezpieczyć interes zamawiającego. Nie byłoby wystarczającym, aby gwarancja obejmowała bezwarunkowe zobowiązanie zapłaty wadium tylko w sytuacji zaistnienia zdarzeń związanych z działaniami lub zaniechaniami zlecającego wystawienie gwarancji. Jest wręcz przeciwnie – gwarancja powinna obejmować zdarzenia związane z zachowaniem każdego z wykonawców składających wspólną ofertę. Dopiero taka gwarancja spełnia swoją zabezpieczającą funkcję

Według Odwołującego jego wnioski poparte są także poglądami judykatury.

Po pierwsze – zdaniem Odwołującego ugruntowany jest pogląd, że konsorcjum wykonawców nie jest odrębnym podmiotem praw i obowiązków, natomiast dotyczą one każdego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Odwołujący wskazał na wyrok Izby z 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. Zarówno z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż w takim wypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust 5 pkt 1 - 3 ustawy pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego."*

Po drugie – zdaniem Odwołującego solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólną ofertę aktualizuje się dopiero po zawarciu umowy na wykonanie

zamówienia publicznego, a nie na etapie postępowania przetargowego. Odwołujący powołał się na uzasadnienie wyroku Izby Odwoławczej z 7 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2694/14), gdzie wskazano, co następuje. *Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została w 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 (takich jak niezłożenie dokumentów i oświadczeń na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy). Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej, zawiązanie konsorcjum bowiem nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej.* Odwołujący dodał, że pogląd taki Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła także wcześniej, w wyroku z 15 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 421/12).

Po trzecie – Odwołujący zacytował następujący fragment uzasadnienia wyroku Izby z 7 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2694/14): (...) *zobowiązanie z tytułu gwarancji oraz zakres odpowiedzialności gwaranta są niezależne od sposobu ukształtowania relacji prawnej między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym. Tym samym powoływanie się wobec gwaranta na okoliczności dotyczące relacji wykonawców z zamawiającym może być uznane za bezskuteczne. (...) [fakt, iż] Zamawiający nie zastrzegł szczególnego sposobu wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie może być skutecznie podniesiony wobec gwaranta i prowadzić do rozszerzenia jego odpowiedzialności w stosunku do treści gwarancji (...).*

Po czwarte – Odwołujący zacytował następujący fragment jako pochodzący z uzasadnień wyroków Izby z 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1408/10) oraz z 15 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1785/14): *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 świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancja bankowej 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.*

Odwołujący podsumował, że gwarancja załączone do oferty Konsorcjum Eko Fiuk nie daje możliwości dochodzenia przez Zamawiającego od gwaranta kwoty wadium, jeżeli spółka Lotof System: 1) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie tego Wykonawcy; 3) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp, z przyczyn leżących po jej stronie, nie złożyła dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art 25 ust. 1 pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraziła zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

17 czerwca 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo datowane na 12 czerwca 2015 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania.

Na wstępie Zamawiający podniósł, że w SIWZ w rozdziale VI zawarł jedynie następujące postanowienia dotyczące zabezpieczenia oferty wykonawcy wadium:

1. Wadium należy wnieść w wysokości 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) w terminie do dnia 11.05.2015 r. do godziny 10:00. Decyduje data i godzina wpływu środków do zamawiającego.

2. Wadium może być wnoszone:

1) w pieniądzu – przelewem na rachunek bankowy zamawiającego nr 12 1020 2847 0000 1702 0009 6602

2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym), gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust 5 pkt 2) ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości - w kasie Urzędu Miejskiego w Drawsku Pomorskim, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 41, pok. nr 108 (parter) czynnej:

- od 7³⁰ - 14⁰⁰ – w poniedziałek, wtorek środa,

- od 7³⁰ - 15⁰⁰ – w czwartek,

- od 7³⁰ - 13⁰⁰ - w piątek.

3. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku formach.

4. W przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać:

1) zobowiązanie gwaranta (banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji)

zawierające oświadczenie, że zaistniały przesłanki jego zatrzymania.

2) termin obowiązywania gwarancji, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą,

3) miejsce i termin zwrotu gwarancji.

5. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

6. Wykonawca, który nie zabezpieczy swojej oferty akceptowaną formą wadium zostanie przez zamawiającego wykluczony a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą.

7. W ofercie należy wpisać nr konta, na które zamawiający ma zwrócić wadium lub dołączyć do oferty upoważnienie do odbioru wadium przez wskazaną osobę.

Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum Eko Fiuk prawidłowo złożyło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w której ubezpieczyciel (gwarant) wskazał, że na zlecenie lidera konsorcjum – Eko-Fiuk zobowiązuje się wobec Gminy Drawsko Pomorskie (beneficjenta) nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach w niej określonych do zapłacenia na pierwsze pisemne żądanie każdej kwoty nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej 30.000,00 zł w przypadkach wskazanych w pkt 4 tego dokumentu, tj. tożsamy z przewidzianymi w ustawie pzp, w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zamawiający podniósł, że wobec jednoznacznej treści pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą, z którego wynika, że lider jest upoważniony do:

1. przygotowania, podpisania i złożenia oferty oraz do dokonywania wszystkich innych czynności z tym związanych,

2. poświadczenia „za zgodność z oryginałem” wszystkich dokumentów załączonych do oferty bądź stanowiących ich integralną część,

3. reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych i do zawarcia umów,

4. podejmowania wszelkich czynności w zakresie wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej, reprezentacji przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej oraz w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą,

5. udzielania dalszych pełnomocnictw

– nie może budzić wątpliwości, że Eko-Fiuk jest liderem Konsorcjum będącego wykonawcą w tym postępowaniu.

Według Zamawiającego pkt 1 dokumentu pełnomocnictwa świadczy o tym, że lider Konsorcjum (podmiot, który wniósł wadium) był przez Konsorcjantów upoważniony także do pozyskania i złożenia zabezpieczenia, gdyż mieści się to w kategorii wszystkich innych czynności związanych z przygotowaniem i złożeniem oferty. Ponadto pkt 3 ww. pełnomocnictwa wskazuje, że podmiot wnoszący wadium jest upoważniony do zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Przesądza także o tym, że to z liderem Zamawiający ma obowiązek korespondować w trakcie prowadzonego postępowania i do niego kierowane być

muszą wszelkie wezwania i zawiadomienia. Nie może więc dojść do sytuacji, w której Zamawiający stanie w obliczu niewypełnienia wezwania przez drugiego partnera konsorcjum. Ewentualny problem spowodowany przez partnera spowoduje zaniechanie lub błędne (nieprawidłowe) działanie konsorcjanta, który jest pełnomocnikiem (liderem) konsorcjum. Także w sytuacji, w której nie mogłoby dojść do podpisania umowy z winy partnera, to odpowiedzialność za takie zaniechanie dotknie wszystkich pozostałych członków konsorcjum, w tym podmiot wnoszący wadium.

Zdaniem Zamawiającego nie mógł wykluczyć Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, gdyż nie ziściła się w stosunku do niego żadna z wymienionych w tym punkcie przesłanek, gdyż wniosło ono wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej do upływu terminu na składanie ofert, które spełnia przesłanki określone w pzp oraz SIWZ.

Według Zamawiającego bezzasadny jest zarzut Odwołującego, że treść zobowiązania gwarancyjnego, w którym nie wymienia się Partnera Konsorcjum (Lotof System), nie zapewnia Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń wadialnych, w przypadku gdy przyczyny roszczeń wadialnych leżeć będą po stronie Partnera Konsorcjum.

Zamawiający powołał się na treść art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp, które określają roszczenia wadialne. Dla Zamawiającego jest oczywiste, że załączona do oferty Konsorcjum gwarancja ubezpieczeniowa pozwala mu na uzyskanie zabezpieczenia finansowego od ubezpieczyciela wystawiającego gwarancję w przypadku zaistnienia którejkolwiek z sytuacji określonych w tych przepisach, w tym we wskazanej przez Odwołującego hipotetycznej sytuacji, gdyby Partner Konsorcjum odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp., jak i pozostałe przesłanki zatrzymania wadium, odnoszą się do wykonawcy. W świetle zaś art. 23 ust. 3 ustawy pzp., w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do tych wykonawców. Brak zamiaru podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego i odmowa w tym zakresie przez któregokolwiek z członków konsorcjum wywołuje, zgodnie z przywołanym przepisem, skutek dla całego konsorcjum (wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego), a tym samym umowa w takim przypadku nie może być podpisana z przyczyn leżących po stronie wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną.

Zamawiający stwierdził, że w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, a także zespołów arbitrów ugruntowany został pogląd, że złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez wykonawców (tzw. konsorcjum wykonawców) jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego

mienia w rozumieniu art. 370 k.c, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stałoby się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub któregośkolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odmówiłby podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, 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.

Według Zamawiającego pogląd ten znalazł szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie sądowym, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów, w tym np. w poniższych orzeczeniach.

W wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 1 października 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 408/07): *...fakt udzielenia zamawiającemu gwarancji bankowej na zlecenie jednego z członków Konsorcjum nie skutkuje ograniczeniem zabezpieczenia zamawiającego jedynie do możliwości domagania się wykonania tej gwarancji w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn obciążających wyłącznie podmiot, na którego zlecenie bank udzielił gwarancji...*

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 maja 2008 r. (sygn. akt V Ca 903/08) *Sąd Okręgowy nie podziela prezentowanego przez skarżących poglądu, iż dokument gwarancyjny powinien być zostać wystawiony i zawierać w swej treści wskazanie wszystkich członków konsorcjum ubiegających się o zamówienie. Podzielając w tej kwestii całkowicie argumentację przytoczoną przez KIO dodać jedynie należy, że nie można utożsamiać działań poprzedzających przystąpienie do postępowania przetargowego z działaniami członków konsorcjum podejmowanymi już w toku postępowania, po złożeniu oferty, której ewentualny wybór warunkuje zafunkcjonowanie w obrocie podmiotu stworzonego w ściśle określonym celu. Należy pamiętać, że do momentu złożenia wspólnej oferty kilku firm tworzących konsorcjum na potrzeby postępowania przetargowego, zmuszone są one do podjęcia szeregu działań stanowiących źródło wzajemnych zobowiązań uzasadnionych wyłącznie treścią umowy o konsorcjum, której co istotne, nie mają obowiązku składać do momentu przystąpienia do zawarcia umowy z zamawiającym. A zatem przepisy ustawy pzp zostały tak skonstruowane, że zakłada się, iż wszelkie czynności niezbędne dla prawidłowego skonstruowania oferty odpowiadającej treści SIWZ poprzedzające złożenie oferty znajdują umocowanie w treści umowy konsorcyjnej. Jeśli treść dołączonego do oferty dokumentu nie wzbudza wątpliwości, iż dotyczy konkretnego wspólnego przedsięwzięcia,*

to nie ma podstaw by zakładać, że którykolwiek z członków konsorcjum działał wbrew woli, czy wiedzy innego. Teoretycznie można dopuścić istnienie sytuacji wspólnego ubiegania się przez strony umowy o konsorcjum o zamówienie publiczne, w której ostatecznie nie dochodzi do złożenia wspólnej oferty. Okoliczność ta nie może mieć jednak wpływu na ocenę skuteczności i ważności działań podejmowanych do daty złożenia ofert, które swoje materialno prawne źródło czerpały z treści umowy o konsorcjum. W konsekwencji także w razie złożenia oferty przez konsorcjum ważność i skuteczność czynności o charakterze prawnym, jak np. uzyskanie gwarancji bankowej należy oceniać przez pryzmat stosunku prawnego łączącego jeszcze tylko potencjalnych oferentów. Do chwili wyboru oferty istnienie, forma prawna, ważność umowy konsorcyjnej nie podlega badaniu w toku postępowania o zamówienie publiczne. Można przyjąć, że ewentualne ryzyko związane z nieprawidłowościami, które mogą dotyczyć takich umów obciąża w całości członków konsorcjum. Również nie są zasadne twierdzenia, iż ewentualna odmowa zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez podmiot, który nie został wskazany w dokumencie gwarancyjnym pozbawia ochrony zamawiającego wobec ryzyka odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej przez bank.

W wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r. (sygn. akt II CA 489/06): *zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, a w przypadku wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie zobowiązany jest konsorcjum, a odpowiedzialność jego członków za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. i art 14 p.z.p. Przepis art. 141 p.z.p., który stanowi, że wykonawcy, o których mowa w art 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zdaje się rzeczywiście nie dotyczyć sytuacji odpowiedzialności wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie za skutki powstania przeszkód w zawarciu samej umowy. Stosownie jednak do przepisu art. 14 p.z.p. 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. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania*

dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum (...) zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta P. S.A. z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie (...)

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 336/15): Nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią art. 23 ust 3 p.z.p. przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.(...) Członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2182/14): Wskazanie w treści gwarancji jedynie lidera konsorcjum przystępującego ubiegającego się o zamówienie publiczne, w sytuacji gdy w tym postępowaniu w zakresie części pierwszej zamówienia ofertę złożyło konsorcjum, którego liderem jest firma wskazana w treści gwarancji, nie dyskwalifikuje wskazanej gwarancji i możliwości zaspokojenia się z niej przez zamawiającego w przypadku wypełnienia się którejkolwiek z sytuacji, o których mowa w art. 45 ust 4a i 5 p.z.p. (...) Odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 45 ust 5 pkt 1 p.z.p., jak i pozostałe przesłanki zatrzymania wadium, odnoszą się do wykonawcy. W świetle zaś art 23 ust 3 p.z.p., w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje

się odpowiednio do tych wykonawców. (...) Nie kwestionując braku solidarnej odpowiedzialności za podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez tych wykonawców, brak chęci podpisania umowy w sprawie zamówienia i odmowa w tym zakresie przez któregokolwiek z członków konsorcjum wywołuje, zgodnie z przywołanym powyżej przepisem, skutek dla całego konsorcjum (wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), a tym samym umowa w takim przypadku nie może być podpisana z przyczyn leżących po stronie „całego” wykonawcy.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 6 sierpnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 1501/14, KIO 1518/14, KIO 1531/14): Zamawiający korzystając z solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ma możliwość wyboru, od którego z członków Konsorcjum zażąda spełnienia zabezpieczenia wadialnego, bez względu na to, który z członków ponosi odpowiedzialność za nie zawarcie umowy po wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. W opisaney sytuacji, mając na uwadze przepis art 141 Prawa zamówień publicznych, należy stwierdzić, iż skoro na zlecenie jednego z członków Konsorcjum bank udzielił gwarancji zamawiającemu w wymaganej wysokości oraz w formie zgodnej z obowiązującymi przepisami, interes zamawiającego został należycie zabezpieczony. W przedmiotowej sprawie brak zatem podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art 89 ust 1 pkt 5wzw.z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W razie nie zawarcia umowy przez konsorcjum zamawiający może domagać się wykonania zabezpieczenia wadialnego w postaci gwarancji bankowej, mimo że została ona wystawiona na zlecenie jedynie jednego z członków konsorcjum.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1546/13): nie ma przeszkód do uznania, że członkowie konsorcjum odpowiadają za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z uczestników konsorcjum. Jeśli umowa stanie się niemożliwa do zawarcia z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum. W ocenie Izby oferta złożona przez przystępującego została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, pomimo że nie zawiera w swej treści odniesienia do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający dodał, że podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach wydanych: 12 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1289/13), 6 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1232/13, KIO 1233/13), 5 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 99/09), 4 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 810/11), 15 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1329/09, KIO/UZP 1352/09),

a także zespół arbitrów w wyroku z 3 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-229/07).

Zamawiający podsumował, że z przytoczonych licznych orzeczeń Izby i sądów wynika jednoznacznie, że zarówno wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na lidera konsorcjum, jak i brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy konsorcjanta – partnera, nie prowadzi do wykluczenia konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp. Zamawiający dodał, że podobne stanowisko zostało również wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej wydanych: 4 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 23/07), 31 marca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08), 5 lutego 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 99/09), 4 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 810/11), a także wcześniejszym wyroku zespołów arbitrów z 27 kwietnia 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1178/06 i UZP/ZO/0-1146/06).

Zamawiający podkreślił, że przywołany w odwołaniu wyrok Izby z 15 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1785/14) wydany został w zupełnie innym stanie faktycznym, gdzie: po pierwsze – zamawiający wprost w SIWZ wymagał, aby w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z treści gwarancji wynikało, że odnosi się ona zarówno do zleceniodawcy gwarancji, jak również do wszystkich pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; po drugie – będąca przedmiotem sporu gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium zawierała postanowienie, z którego wynikało, że ubezpieczyciel zobowiązuje się do zapłaty wadium jedynie w przypadku, gdy jeden z członków konsorcjum nie spełni jednego z przypadków określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp. Izba uznała w tamtej sprawie, że zamawiający miał możliwość określenia w treści SIWZ wymagań co do treści gwarancji ubezpieczeniowej, które nie mają jedynie formalnego charakteru. Tylko z tego powodu Izba uznała za prawidłowe wykluczenie za złożenie wadliwej gwarancji, która nie spełniała wymogów określonych w SIWZ.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 5 czerwca 2015 r. drogą elektroniczną i faksem kopii odwołania – 8 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili w formie pisemnej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO FIUK sp. k. z siedzibą w Chojnicy, LOTOF SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

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

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem Przystępującego odwołanie jest niezasadne, gdyż w przypadku wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadają oni solidarnie w sytuacji, gdy zawarcie umowy staje się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników konsorcjum (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 kwietnia 2013 r., sygn. akt VI ACa 1183/12, opubl. LEX nr 1339412).

Przystępujący powołał się na to, że złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum, o ile zamawiający w SIWZ nie zawarł wyraźnie wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu z 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06, LEX nr 6212119).

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

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

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujące brzmienie treści spornej gwarancji wadium:

*Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 12/15-1/2013/BY
wystawiona w **Bydgoszczy**, w dniu **30.04.2015r.** przez:
TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie (...) zwane
w dalszej części **Gwarantem**,
pozostałe użyte w treści gwarancji określenia oznaczają:
Wykonawca
**Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe EKO-FIUK Spółka Komandytowa mająca
siedzibę zakładu głównego pod adresem: 78-650 Mirosławiec , Chojnica 2 ,***

zarejestrowana w Rejestrze Przedsiębiorców pod numerem KRS 0000549953 przez Sąd Rejonowy w Koszalinie , IX Wydział Krajowego Rejestru Sądowego

Beneficjent

Gmina Drawsko Pomorskie, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 41, 78-500 Drawsko Pomorskie.

1. Niniejsza gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium została wystawiona na zlecenie Wykonawcy, składającego ofertę przetargową, zwaną dalej ofertą, w związku z ogłoszonym przez Beneficjenta przetargiem na realizację zadania pn. „**Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Drawsko Pomorskie**”. URN.271.6.2015.DP

Zgodnie z warunkami przetargu Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wadium w kwocie **30.000,00 zł** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) w formie przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej przetargu, w związku z ofertą złożoną przez Wykonawcę.

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

3. Wartość gwarancji ulega zmniejszeniu o każdą kwotę zapłaconą z niniejszej gwarancji.

4. Roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji powstaje gdy:

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

2) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

4) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ww. Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ww. 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 ww. Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

5. Gwarant wypłaci należną kwotę w ciągu 14 dni od daty doręczenia na adres siedziby Gwaranta, pisemnego wezwania do zapłaty, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania Beneficjenta, zawierającego oświadczenie wskazujące okoliczność, spośród wymienionych w pkt. 4 stanowiącą podstawę wezwania do zapłaty. Do pisemnego wezwania należy dołączyć dokumenty poświadczające umocowanie osób, które podpisały wezwanie do zapłaty.

6. Niniejsza gwarancja ważna jest od 18.05.2015r. do 20.07.2015r. i tylko wezwanie do zapłaty określone w pkt. 5 otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji.

7. Po upływie terminu określonego w pkt. 6 gwarancja powinna być zwrócona do Gwaranta, jednakże niezależnie od tego czy gwarancja została zwrócona, zobowiązania Gwaranta wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu.

8. Niniejsza gwarancja wygasa również w przypadku, gdy:

- 1) upłynął termin związania ofertą,
- 2) Wykonawca zawarł umowę i wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
- 3) wycofano ofertę przed upływem terminu przewidzianego na składanie ofert,
- 4) nastąpił zwrot oryginału niniejszej gwarancji do Gwaranta,

9. Wierzytelność z tytułu niniejszej gwarancji nie może być przedmiotem przelewu na rzecz osoby trzeciej.

10. Do rozstrzygania wszelkich sporów jakie mogłyby wyniknąć w związku z niniejszą gwarancją zastosowanie będzie miało prawo polskie.

11. Niniejszą gwarancję sporządzono w jednym egzemplarzu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że: po pierwsze – ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu, po drugie – może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które spowodowały zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, 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, co powodowało

brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Ponadto zamawiający zgodnie z art. 46 ust. 5 pzp zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

Podstawa wykluczenia wykonawcy opisana w ww. przepisie odnosi się również do przypadku, gdy wniesione wadium jest nieprawidłowe i z tego względu uznawane jest za niewniesione w rozumieniu przepisów ustawy.

Definiując przypadki nieprawidłowości wadium, *a contrario* wskazać można, że prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego. Każde wniesienie wadium do zamawiającego w stosownym terminie, w wymaganej wysokości i na odpowiedni okres, w formach w ustawie określonych, pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

Według art. 23 ust. 1 ustawy wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (jako tzw. konsorcjum). Zgodnie z ust. 2 tego przepisu 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. Natomiast ust. 3 stanowi, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.

Powyższa regulacja oznacza, iż wszystkie działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają skutki prawne względem wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń. Dotyczy to np. instytucji: zakazu składania więcej niż jednej oferty w postępowaniu (w jakiegokolwiek konfiguracji konsorcjalnej, przez wszystkich wykonawców razem i każdego

z osobna); wykluczenia wszystkich wykonawców z postępowania, nawet jeżeli przesłanki wykluczenia opisane w art. 24 ust. 1 ustawy dotyczą tylko jednego z nich, a pozostali spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu; a także samego wzywania i składania wszelkich wyjaśnień i uzupełnień przez wszystkich wykonawców wspólnie, nawet jeżeli uzupełnienia te i wyjaśnienia dotyczą tylko jednego z nich i ten tylko faktycznie je składa. Innymi słowy, w przypadku ubiegania się o zamówienie przez konsorcjum, czynności w postępowaniu wykonawcy wykonują i mogą wykonywać tylko i wyłącznie wspólnie. (Oczywiście chodzi tu o czynności konwencjonalne wywołujące skutki prawne – dla wszystkich wykonawców razem i każdego z osobna, a nie czynności faktyczne czy techniczne). Tak więc to wszyscy wykonawcy składają ofertę, podpisują umowę lub odmawiają jej podpisania, uzupełniają dokumenty lub zaniechują ich uzupełnienia (nawet jeżeli dokumenty uzupełniane dotyczą tylko jednego z nich i faktycznie/technicznie dokumenty tylko ten wykonawca przesyła). Każda czynność lub zaniechanie wykonawcy składającego ofertę wspólną jest czynnością wszystkich wykonawców ubiegających się razem o zamówienie – i na odwrót.

Przy tego typu ustawowej konstrukcji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia odpowiedzialność konsorcjantów rzeczywiście nabiera cech solidarności przypominającej instytucję solidarności dłużników zastaną na gruncie prawa cywilnego. Fakt wspólnego złożenia oferty w postępowaniu, zobowiązujący do zaciągnięcia zobowiązania ostatecznego umowy i wykonywania w postępowaniu wszelkich czynności przewidywanych przez ustawę, które zawarcie umowy warunkują, w zestawieniu z powoływanymi przepisami, skutkuje solidarną odpowiedzialnością wykonawców za ich działania lub zaniechania, np. takie jak niezawarcie umowy czy nieuzupełnienie dokumentów. *Lex non distinguit*, który z wykonawców faktycznie za taki skutek odpowiada. Pozostali wykonawcy mogą się również uchylić od skutków działań czy zaniechań konsorcjanta wykonując żądane przez zamawiającego czynności zamiast niego (o ile są w stanie to uczynić), w innym wypadku popadną w zwłokę, a następnie – kontynuując analogię do solidarności dłużników – wszyscy razem i każdy z osobna, pozostaną w stanie niewykonania swoich zobowiązań wynikających ze złożenia oferty w przetargu publicznym.

Nie należy również deprecjonować stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r. (sygn. akt II CA 489/06) i wyroku Izby z dnia 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 336/15), według którego źródłem solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów po złożeniu wspólnej oferty jest art. 370 kc w zw. z art. 366 kc.

W uzasadnieniu ww. wyroku sąd wskazał, iż: *Złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum*

jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum (...). Stosownie jednak do przepisu art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.

W świetle przepisów art. 23 ustawy gwarancja wadium opisywana w treści odwołania i złożona w takich okolicznościach faktycznych, jak tam podawane, dotyczy wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wyrażając się ściślej: obejmuje i zabezpiecza wszystkie przypadki przepadku wadium opisane w art. 46 ust. 4a i 5, niezależnie od tego czy wykonawca składał następnie ofertę samodzielnie czy wspólnie z innymi podmiotami.

Izba nie podziela więc stanowiska Odwołującego jakoby przedmiotowa gwarancja (treść tak ukształtowanego zobowiązania gwarancyjnego) nie zapewniała Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń wadium w każdym przypadku. W szczególności nie podziela poglądu, iż *jednoznacznie można stwierdzić, że Zamawiający nie będzie mógł żądać od gwaranta zapłaty wadium w przypadku, gdy ziszczenie się warunków uprawniających do zatrzymania tego wadium związane będzie tylko z działaniem lub zaniechaniem wykonawcy niewymienionego w dokumencie gwarancyjnym.* Wręcz przeciwnie, okoliczności takie zaistnieją również w stosunku do wykonawcy jedynie wskazanego w treści gwarancji, nawet jeżeli od swoich obowiązków związanych ze złożeniem oferty uchylać się faktycznie będą jego niewymienieni w treści gwarancji konsorcjanci. W świetle powoływanych przepisów, w przypadku wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie, ustawa nie zna i nie rozróżnia żadnych faktycznych działań lub zaniechań poszczególnych konsorcjantów. Tym bardziej nie rozróżnia ich czynności

prawnych.

Izba jeszcze raz podkreśla, że w przypadku uchylenia się od ustawowych obowiązków przez jednego konsorcjanta, uchylił się od tych obowiązków również pozostali. Dla przypomnienia, zgodnie z art. 23 ust. 3 przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. Tranzytywność obowiązków ustawowych i odpowiedzialność za ich niedopełnienie jest w tym przypadku następująca: umowę w sprawie zamówienia można zawrzeć jedynie z wykonawcą (wykonawcami) wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 10 ust. 1 pzp); tym samym w przypadku, gdy np. jeden z konsorcjantów uchylił się od jej zawarcia na warunkach określonych w ofercie (art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp), nie można zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, do czego się zobowiązywali, składając wspólnie ofertę; a więc od zawarcia zgodnej z przepisami ustawy umowy uchylają się wszyscy wykonawcy (każdy wykonawca) składający ofertę.

Można dodać, iż zamawiający wzywa do podpisania umowy wszystkich wykonawców łącznie i poza jego zainteresowaniem pozostaje, z przyczyny którego z nich zawarcie umowy nie może nastąpić. Skutek jest w tym przypadku zawsze ten sam – wykonawcy (w tym i wykonawca wskazany w gwarancji) ważnej umowy w sprawie zamówienia nie zawierają, i nieważne jest, z jakich przyczyn uchylają się od jej podpisania.

Niezwykle istotna jest w tym przypadku prawidłowa interpretacja przesłanek zatrzymania wadium opisanych w art. 46 ustawy. Okoliczności tam wskazanych nie należy wyklądać dosłownie. I tak termin „podpisanie” użyty w ww. przepisie nie należy rozumieć jako czynności technicznej złożenia podpisu pod dokumentem umowy, ale jako zaciągnięcie zobowiązania umownego, a takowe mogą wykonawcy zaciągnąć w tym przypadku tylko wspólnie. Również „odmówienie” nie musi polegać wcale na dosłownym oświadczeniu wykonawcy odzwierciedlającym jego woluntarystyczną decyzję, że zobowiązania umownego nie zaciągnie (nie podpisze). Za odmowę zawarcia umowy należy również uznać brak zaciągnięcia zobowiązania umownego pomimo wezwań zamawiającego (np. z powodu niemożliwości jego zaciągnięcia spowodowanego działaniami partnera biznesowego, z którym to zobowiązanie można zaciągnąć tylko wspólnie – bez znaczenia w tym przypadku pozostaje, czy odmowa taka przybierze postać: odmówienia przez brak odpowiedzi na wezwanie, odmówienia bez podania powodów czy też odmówienia zaciągnięcia zobowiązania umownego ze wskazaniem, że wykonawca umowę chciałby zawrzeć, ale nie może tego uczynić z powodu niesolidności jego konsorcjantów).

Tym samym, jak już wskazano, w przypadku wezwania przez zamawiającego do zaciągnięcia zobowiązania umownego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i „odmowy” jednego z nich, „odmówią” również wszyscy pozostali. W konsekwencji jak najbardziej aktualizuje się tu przesłanka wypłaty sumy gwarantowanej opisana w gwarancji. Zamawiający może więc złożyć wystawcy gwarancji rzetelne oświadczenie o uchyleniu się przez zlecającego gwarancję od zawarcia umowy czy nieuzupełnieniu dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 pzp – będzie to oświadczenie prawdziwe w stosunku do każdego wykonawcy składającego wspólnie ofertę, a więc także w stosunku do wykonawcy wymienionego w treści gwarancji.

Podobnie, na zasadzie obciążenia wszystkich wykonawców wspólnie składających ofertę skutkami zaniechań jednego wykonawcy, rozpatrywać należy pozostałe przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 pzp.

Odnosząc powyższe do konstrukcji kwestionowanej gwarancji wadialnej, czy nawet dominującego kształtu gwarancji występujących w obrocie, wskazać można, iż gwarant nie będzie miał żadnych podstaw do odmówienia płatności z tytułu gwarancji, gdy zamawiający złoży mu oświadczenie, o którym mowa w gwarancji. W ocenie Izby gwarant nie powinien podważać stanowiska i oświadczenia beneficjenta gwarancji (zamawiającego), że wykonawca w jej treści wskazany odmówił zawarcia umowy, na przykład ze względu na fakt, iż inaczej interpretuje okoliczności i postać ww. odmowy. Analogicznie gwarant nie ma żadnych podstaw do badania zaistnienia rozbudowanych przesłanek zatrzymania wadium opisanych w art. 46 ust. 4a pzp. Mimo, że przecież zawsze mógłby stwierdzić nawet w przypadku jednoosobowego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez jego klienta – iż uznaje, że przyczyny nieuzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 pzp nie leżały po stronie wykonawcy lub nie zaszła tu przesłanka doprowadzenia do niemożliwości zawarcia umowy... *etc.*

Oдноśnie interpretacji samego dokumentu gwarancyjnego, Izba przyznaje, że powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Nie oznacza to jednak, iż w ogóle nie jest czy nie może być interpretowany. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia (mniej lub bardziej uświadomioną). W świetle powyższego stanowiska, że *omnia sunt interpretanda, paremia clara non sunt interpretanda* oznacza li tylko dorozumiany prymat wykładni literalnej i brak potrzeby dokonywania na tekście normatywnym żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Również sformułowania gwarancji wadialnej w postaci gwarancji ubezpieczeniowej (szczególnie w zakresie opisu przesłanek zatrzymania wadium) mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia –

i jakkolwiek w tym przypadku nie jest to wykładnia literalna i intuicyjna (bo zakłada konieczność ich odniesienia do instytucji ustawowych), nie oznacza to jednak, że budzą jakieś wątpliwości i problemy interpretacyjne.

I tak gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powielająca sformułowania ustawowe i odwołująca się do przepisów ustawy w opisie przesłanek zatrzymania wadium (tak jak gwarancja rozpatrywana w przedmiotowym postępowaniu) winna być interpretowana z uwzględnieniem powyższego, tzn. przesłankom zatrzymania wadium opisanym w gwarancji należy nadawać takie samo znaczenie jak takim samym przesłankom ustawowym (interpretację przepisów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy przedstawiono powyżej).

Interpretacja przedmiotowej gwarancji dokonywana przez Odwołującego mogłaby więc być zasadna tylko w wypadku, gdyby był to dokument wystawiany nie dla celów przetargu publicznego i zabezpieczenia przesłanek zatrzymania wadium opisanych w pzp, ale dla jakiś innych procedur nie normowanych przez jej przepisy. W takim wypadku, bez uwzględniania ustawowej instytucji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, rzeczywiście możliwe byłoby uznanie, że istnieje jakieś rozdzielne „odmówienie podpisania” umowy lub „nieuzupełnienie dokumentów” przez wykonawcę opisanego w treści gwarancji oraz przez jego niewymienionych w treści gwarancji konsorcjantów.

W konsekwencji należy uznać, iż wystawiając gwarancje wadium na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znające przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, banki lub towarzystwa ubezpieczeniowe, które nie chcą zabezpieczać działań lub zaniechań wykonawcy zleconodawcy gwarancji, spowodowanych zaniechaniami jego ewentualnych konsorcjantów, to powinny wyraźnie wykluczyć powyższe w ich treści.

Ponadto należy podkreślić, że sądy okręgowe i Krajowa Izba Odwoławcza, a wcześniej jeszcze orzecznictwo arbitrażowe, od samego początku obowiązywania instytucji tego typu, dosyć konsekwentnie stały na stanowisku, iż generalnie prawidłowo wniesione jest wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w której treści wskazano tylko jednego wykonawcę, który następnie złożył ofertę wspólnie z innymi wykonawcami. Można w tym zakresie wskazać na powoływane już wyżej wyroki: Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r. (sygn. akt II CA 489/06) i Izby z 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 336/15); a także wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 1 października 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 408/07); wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 maja 2008 r. (sygn. akt V Ca 903/08); wyrok Izby z 4 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2182/14); wyrok Izby z 6 sierpnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 1501/14, KIO 1518/14, KIO 1531/14; wyrok Izby z 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1546/13); wyrok Izby z 12 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1289/13); wyrok Izby z

6 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO: 1232/13, 1233/13); wyrok Izby z 5 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 99/09); wyrok Izby z 4 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 810/11); i wiele innych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dostrzega powodów do odejścia od ww. zastanej i ugruntowanej linii orzeczniczej, tym bardziej, iż wskazywana przez Odwołującego argumentacja i obawy o brak możliwości zaspokojenia się przez zamawiających „z takiej gwarancji” mają charakter czysto hipotetyczny. Opierają się na analizie i uzasadnianiu powodów dla których gwarant może odmówić wypłaty kwoty gwarantowanej, gdy istnieją dostateczne powody i podstawy prawne (wskazane powyżej), w świetle których gwarant nie może tego uczynić i powinien jak najbardziej kwotę gwarantowaną wypłacić. W postępowaniu nie przedłożono żadnych dowodów z praktyki ubezpieczeniowej, w której takie sytuacje miałyby miejsce. Nie przedłożono również żadnego stanowiska ubezpieczyciela – wystawcy gwarancji, który dokonałby wykładni autentycznej swojego dokumentu w sposób potwierdzający tezy odwołania. Także powoływane przez Odwołującego stanowisko doktryny (artykuł Eugeniusza Kowalewskiego i Władysława Wojciecha Mogilskiego „Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego”, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1/2014) nie opisuje przypadków tego typu. Nie zawiera również właściwie żadnej pogłębionej analizy ustawowej konstrukcji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i jej konsekwencji dla ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium – poza krytyką koncepcji „solidarności majątkowej” i uprzednim przedstawieniem nieistotnych dla kwestii faktów, że umowa konsorcjum jest umową nienazwaną czy konsorcjum nie ma osobowości prawnej. W relewantnym punkcie 3 artykułu, od razu, niejako *ex cathedra*, przyjmuje się, że opisane w gwarancji ubezpieczeniowej przesłanki przepadku wadium wymieniające jednego wykonawcę, nie pokrywają działań czy zaniechań jego ewentualnych konsorcjantów. Stanowisko Izba jest w tym zakresie odmienne – co zostało przedstawione w niniejszym uzasadnieniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby,

gdyż do zamknięcia rozprawy pełnomocnik Strony złożył w tym zakresie jedynie dokument pn. „Rachunek w postępowaniu odwoławczym” zaadresowany do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, który został uznany za spis kosztów. Z § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia wynika, że do kosztów postępowania można zaliczyć uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....