

Sygn. akt: KIO/KD 6/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11 marca 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 11 lutego 2021 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego - Gminę Trzuszczany, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Termoizolacja Szkoły Podstawowej im. Cypriana Kamila Norwida w Trzuszczanach*” z dnia 2 lutego 2021 r., przekazanej przez Prezesa Urzędu za pismem DKZP.WKZ4.442.29.2020.SD dot. KND/49/20/DKZP

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Członkowie : Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie w części, w jakiej odnoszą się do wadium w postaci poręczenia wystawionego dla jednego z członków konsorcjum

U z a s a d n i e n i e

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”,

przeprowadził kontrolę doraźną udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem była termoizolacja Szkoły Podstawowej im. Cypriana Kamila Norwida w Trzeszczanach, w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez niezgodne z ww. przepisem odrzucenie oferty wykonawcy firm JSK Team M. K., M - Mbud M. S.;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty wykonawcy P.W. ALLBUD Sp. z o.o.;
- 3) § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako: „rozporządzenie”.

W uzasadnieniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Prezes Urzędu wskazał, że w Rozdziale 9 pkt 9.1. SIWZ zamawiający żądał od wykonawców składających ofertę wniesienia wadium w kwocie 60 000,00 zł. Wykonawca konsorcjum firm JSK Team M. K., M - MBUD M. S. wraz z ofertą przedłożył poręczenie zapłaty wadium wystawione w dniu 28.04.2020 r. przez Biłgorajską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A., która udzieliła poręczenia na rzecz Gminy Trzeszczany tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium w ww. wysokości ramach przedmiotowego postępowania, udzielone Panu M. S., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą M - MBUD M. S.. Treść poręczenia wskazuje, że jest ono ważne do dnia 6 czerwca 2020 r. Zamawiający w dniu 22 maja 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę PROFILBUD Usługi Remontowo - Budowlane Sławomir Maćkowski oraz o odrzuceniu m.in. oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm: JSK Team M. K., M - Mbud M. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W uzasadnieniu zostało wskazane: „(...) W treści tego poręczenia nie wskazane zostało, że jest to poręczenie udzielone konsorcjum, czy też jest to poręczenie udzielone P. M. S., działającemu w imieniu konsorcjum. Przede wszystkim należy wskazać, że brak wskazania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w treści poręczenia zapłaty wadium oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, gdyż przesłanki zatrzymania wadium materializują się odrębnie co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co winno skutkować wykluczeniem ww. wykonawców z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. (...) Należy przy tym zauważyć, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadają solidarnie wyłącznie za wykonanie umowy oraz zabezpieczenie należytego jej wykonania (art. 141 ustawy Pzp), a zatem brak jest podstaw do przypisania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego solidarnej odpowiedzialności w kwestii wadium (vide: wyrok Sądu Okręgowego w

Gdańsku, sygn.. akt XII Ga 555/18). W dotychczasowym orzecznictwie KIO zarysował się pogląd, zgodnie z którym w treści gwarancji (poręczenia) oferent musi być wskazany prawidłowo - a więc muszą być wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a przynajmniej być zachowana wersja minimum, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta oferta jest zabezpieczona gwarancją/poręczeniem). Dla zabezpieczenia interesu zamawiającego w treści gwarancji powinni być wskazani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. (...) Ponadto treść załączonego do oferty konsorcjum poręczenia zapłaty wadium jest nieprawidłowa z dodatkowej przyczyny. W jej treści poręczyciel wskazał termin ważności poręczenia bez określenia jego początkowego terminu. Ograniczył się jedynie do zapisu, że poręczenie jest ważne do dnia 06.06.2020 r. Uwzględniając datę udzielenia poręczenia, tj. 28.04.2020 r. oraz to, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert (...) takie określenie terminu ważności wadium jest nieprawidłowe. (...) Prawidłowe poręczenie zapłaty wadium powinno wskazywać okres początkowy. Jeżeli w treści poręczenia znajdował by się zapis mówiący o tym, że jest ono ważne przez cały okres związania ofertą lub od dnia 30.04.2020 r. (dzień upływu składania ofert) wówczas można by uznać, że jest ono prawidłowe. (...)"

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podał, że w toku postępowania wyjaśniającego zwrócił się do zamawiającego m.in. z prośbą o wyjaśnienie, dlaczego w ocenie zamawiającego wniesienie wadium przez jednego z konsorcjantów jest wadliwe. W szczególności, poprosił o wyjaśnienie ww. stanowiska zamawiającego w kontekście wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r. (IV CSK 86/17). W odpowiedzi na powyższe wystąpienie, zamawiający wyjaśnił, iż „(...) w ocenie zamawiającego opartej na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych, w tym również Sądu Najwyższego (...) decyzja zamawiającego jest słuszna i znajduje oparcie w przepisach prawa. (...) Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy wadium można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. (...) W przypadku przeprowadzenia przez tutejszy Urząd procedury przetargowej mamy do czynienia z wadium w formie poręczenia zapłaty wadium, a więc w formie, w której Sąd Najwyższy nie rozpatrywał w ramach zapadłego rozstrzygnięcia. (...) Nadmieniam również, co istotne, że w ramach oświadczeń na etapie procedury przetargowej każdy z członków Konsorcjum osobno złożył informację o spełnieniu warunków udziału w

postępowaniu, jak również upoważnił Pana W. Ł. K. do reprezentowania konsorcjum, co w świetle zaistniałej sytuacji również ma istotne znaczenie. (...)"

Odnosząc się do ww. stanowiska zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: JSK Team M. K., M-MBud M. S. Prezes Urzędu przytoczył wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż „(...) należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje (...) treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie. (...) Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. (...) Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. (...)”

Prezes Urzędu zgodził się z Zamawiającym, iż ww. wyrok zapadł w kontekście gwarancji ubezpieczeniowej, nie zaś poręczenia zapłaty wadium, jednak podkreślił, że tezy, które zostały sformułowane w ww. wyroku, w szczególności odnoszące się do całościowej wykładni treści dokumentu mają zastosowanie do każdej z form wadium wnoszonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym poręczenia zapłaty wadium. Niewątpliwie w treści dokumentu prawidłowo określono przedmiot zamówienia, kwotę wadium oraz zobowiązanie Poręczyciela do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na rzecz zamawiającego - Gminy Trzeszczany na pierwsze pisemne żądanie, na zasadach określonych w dokumencie. Wskazane przesłanki zapłaty odpowiadają w całości wymienionym w przepisie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Podstawową funkcją wadium jest możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanki wskazanej w treści dokumentu, a wynikającej z przepisów ustawy Pzp. W ocenie Prezesa Urzędu przedstawione z ofertą wykonawcy konsorcjum firm JSK Team M. K., M-MBud M. S. wadium w należyty sposób zabezpiecza ofertę i brak jest podstaw do odmiennego twierdzenia. Zgodnie z ww. wyrokiem Sądu Najwyższego nie jest konieczne wymienienie w dokumencie gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie

wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum. Tym samym wobec jednoznacznego określenia w treści poręczenia zapłaty wadium: przedmiotu zamówienia, nazwy zamawiającego, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę - a fakt złożenia jej wspólnie z drugim wykonawcą nie odbiera mu przymiotu wykonawcy powoduje, iż niezależnie od tego, po stronie którego z dwóch wykonawców (konsorcjantów) ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, Poręczyciel będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia wskazanej w dokumencie. Działania lub zaniechania jednego z konsorcjantów wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń.

Odnosząc się do braku daty początkowej obowiązywania poręczenia wadium Prezes Urzędu wskazał, że poręczenie wadium załączone do oferty konsorcjum firm: JSK Team M. K., M - Mbud M. S. zostało wystawione dnia 28.04.2020 r. , podczas gdy termin składania ofert upływał dnia 30.04.2020 r.. Data ważności poręczenia została wyznaczona na dzień 6 czerwca 2020 r. Termin związania ofertą wynosił 30 dni, tj. upływał w dniu 29.05.2020 r. Poręczenie wadium wystawione dnia 28 kwietnia 2020 r. zabezpieczało zatem ofertę przez cały okres związania ofertą, tj. od dnia jej złożenia 30.04.2020 r. do dnia 29.05.2020 r. Z uwagi na fakt, iż wadium winno być wniesione przed upływem terminu składania ofert, dokument poręczenia winien być wystawiony odpowiednio wcześniej, tak aby wykonawca mógł go załączyć do oferty. Tym samym należy uznać, iż poręczenie zapłaty wadium załączone do oferty konsorcjum firm JSK Team M. K., M - Mbud M. S. obowiązywało od daty wystawienia 28.04.2020 do dnia 06.06.2020 r., zatem obejmowało cały okres związania ofertą.

Wskazując na powyższe Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty wykonawcy firm JSK Team M. K., M - Mbud M. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu podał, m.in., że w postępowaniu zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena - waga 60%; długość okresu gwarancji - waga 30%; skrócony termin wykonania zadania - waga 10%. W kryterium skrócony okres wykonania zamówienia wykonawca mógł zaproponować w formularzu oferty termin wykonania zadania do 31.12.2020 r. W tym wypadku zamawiający przyznawał dodatkowo 10 punktów w kryterium oceny ofert. Skrócony termin realizacji zamówienia określony został w druku oferty, według którego wykonawca miał obowiązek wskazania, który termin realizacji zadania oferuje. Jeżeli w druku oferty pozostaną dwa terminy zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ. Jednocześnie w formularzu oferty zamawiający wypełnił pkt 6, poprzez wskazanie „Zobowiązujemy się wykonać zamówienie do

31.08.2021 r.". Natomiast w pkt 7 formularza wskazano, iż „Oferujemy skrócony termin realizacji zamówienia i zobowiązujemy się do jego wykonania w terminie do 31.12.2020 r.". Ponadto w formularzu oferty zamawiający zamieścił Uwagę informacyjną, w której wskazał, iż „skrócony termin realizacji zamówienia określony w pkt 7 druku oferty stanowi jedno z kryterium oceny ofert. Jeżeli wykonawca oferuje ten termin należy skreślić pkt 6. Jeżeli na druku oferty pozostaną dwa terminy zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ".

Wykonawca P.W. ALLBUD Sp. z o.o. w treści formularza ofertowego w pkt 6 wskazał, iż „Zobowiązujemy się wykonać zamówienie do 31.12.2020 r." W pkt 7 formularza wykonawca wskazał, iż „Oferujemy skrócony termin realizacji zamówienia i zobowiązujemy się do jego wykonania w terminie do 31.12.2020 r.".

Pismem z dnia 22.05.2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PROFILBUD Usługi Remontowo Budowlane S. M. z ceną z ceną 2 395 274,27 zł oraz o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy P.W. ALLBUD Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż „(...) W formularzu oferty i SIWZ zamawiający zastrzegł, że skrócony termin realizacji zamówienia stanowi jedno z kryterium oceny ofert, wobec czego w druku oferty wskazane zostało, że w przypadku gdy wykonawca oferuje skrócony termin realizacji zamówienia, tj. do 31.12.2020 r. w druku oferty należy skreślić pkt 6 wskazujący termin realizacji zamówienia, tj. do 31.08.2021 r. (Wykonawca w sposób nieuprawniony zmienił w druku treść oferty). Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że pozostawienie w druku oferty dwóch terminów spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Oferta wykonawcy odrzuconego wskazuje w druku ofertowym dwa terminy wykonania zamówienia (...) wobec czego oferta wykonawcy podlega odrzuceniu."

Odnosząc się do powyższych ustaleń Prezes Urzędu wskazał, że przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy to treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „treści oferty", dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy Pzp, należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 Kc. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Z tego wynika, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w SIWZ, redaguje istotne postanowienia umowy. Analiza dokumentacji postępowania, w tym treść oferty wykonawcy P.W. ALLBUD Sp. z o.o. jednoznacznie wskazuje, jaka była wola ww. wykonawcy w niniejszym postępowaniu - intencją wykonawcy było bowiem zaoferowanie skróconego terminu realizacji zamówienia zgodnie z

wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Tym samym, skoro taka jest treść oświadczenia woli wykonawcy P.W. ALLBUD Sp. z o.o. zawartego w ofercie, to nie sposób twierdzić, że oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jedynie z uwagi na okoliczność, iż wykonawca zarówno w pkt 6 i 7 formularza oferty wskazał skrócony termin realizacji zamówienia. Należy podkreślić, iż ww. terminy są tożsame, tym samym wykonawca nie zaoferował rozbieżnego terminu realizacji zadania, a jedynie wskazał go w dwóch miejscach formularza oferty. Powyższe zatem nie powoduje żadnych wątpliwości, co do zaoferowanego przez wykonawcę terminu realizacji zamówienia. Dla skutecznego odrzucenia oferty nie jest wystarczające stwierdzenie, iż wykonawca „w sposób nieuprawniony zmienił w druku treść oferty”, bowiem zmiana druku oferty winna być na tyle istotna, iż w sposób odmienny określałaby istotne postanowienia umowy, co w niniejszym stanie faktycznym nie miało miejsca. Tym samym zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dokonał odrzucenia oferty wykonawcy P.W. ALLBUD Sp. z o.o. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Uzasadniając naruszenie § 14 ust. 2 rozporządzenia, Prezes Urzędu podał, że z dokumentacji postępowania wynika, iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają opisane warunki udziału w postępowaniu oraz wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz 24 ust. 5 pkt 1-4 ustawy Pzp. Na potwierdzenie braku ww. podstaw do wykluczenia zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 oraz 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako: „rozporządzenie”. Natomiast w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia. W pkt 6.7. SIWZ zamawiający wskazał, iż „Dokumenty powinny zostać sporządzone w języku polskim i złożone w formie oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie”. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, stosownie do treści § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 r. poz. 1126), dokumenty lub oświadczenia składane są w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Tym samym żaden z przepisów ww. rozporządzenia nie uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców dokumentów składanych w formie kopii potwierdzonej notarialnie.

W związku z powyższym wskazanie przez zamawiającego w treści SIWZ, iż dokumenty powinny zostać złożone w formie oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie, stanowi

naruszenie przepisów § 14 ust. 2 rozporządzenia. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej w odniesieniu do pierwszego z zarzucanych mu naruszeń przepisów prawa, tj. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, stwierdzając m.in., że „(...) stwierdzenie naruszenia art. 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez niezgodne z przepisami odrzucenie oferty konsorcjum firm: Jsk Team M. K. (...) i M-MBud M. S., jest nieuzasadnione. Decyzja zamawiającego w tym zakresie była w całości słuszna i zgodna z przepisami. Uzasadnienie odrzucenia oferty w okolicznościach przeprowadzonej procedury przetargowej znajduje również swoje potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej oraz linii orzeczniczej Sądów Powszechnych. (...) wadium wniesione zostało w sposób nieprawidłowy z dwóch powodów.

Po pierwsze w treści poręczenia zapłaty poręczyciel dokonał poręczenia zapłaty przez P. M. S. (...). W treści tego poręczenia nie wskazane zostało, że jest to poręczenie udzielone konsorcjum, czy też że jest to poręczenie udzielone P. M. S., działającemu w imieniu konsorcjum. Przede wszystkim należy wskazać, że brak wskazania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w treści poręczenia zapłaty wadium oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, gdyż przesłanki zatrzymania wadium materializują się odrębnie co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Wniesienie wadium w formie poręczenia zapłaty wadium można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od poręczyciela zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w ustawie p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje treść poręczenia, które może być ukształtowane różnie.

(...) Wyrokiem z 15 lutego 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt IV CSK 86/17 Sąd Najwyższy uchylił wcześniejszy wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 22 stycznia 2016 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Uzasadniając swoje stanowisko Sąd Najwyższy zgodził się z Sądem Okręgowym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje - co trafnie dostrzegły orzekające w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy - treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie.

Sąd Okręgowy po ponownym rozpoznaniu sprawy uznał obie skargi, jako niezasadne (...). W całości podzielił natomiast ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą. W dotychczasowym orzecznictwie KIO zarysował się pogląd zgodnie z którym w treści gwarancji (poręczenia) oferent musi być wskazany prawidłowo - a więc muszą być wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a przynajmniej być zachowana wersja minimum, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta właśnie oferta jest zabezpieczona gwarancją/poręczeniem). Dla zabezpieczenia interesu zamawiającego w treści gwarancji powinni być wskazani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (wyrok KIO z 22 maja 2015 r., sygn. KIO 974/15, wyrok KIO z 1 lipca 2015 r., sygn. 1251/15, wyrok KIO z 14 września 2015 r., sygn. KIO 1881/15, wyrok KIO z 17 września 2015 r., sygn. 1936/15, wyrok KIO z 8 października 2015 r., sygn. KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15. Nie jest sporne w orzecznictwie ani piśmiennictwie i nie budziło wątpliwości że poręczenie zapłaty wadium powinna zabezpieczać ofertę danego oferenta, zwanego wykonawcą (vide definicja wykonawcy zawarta w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych). Nie jest też sporne, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zwanym potocznie „konsorcjum”) owym oferentem/wykonawcą są wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako całość, a nie którykolwiek z nich oddzielnie (tj. wykonawcą nie jest tzw. członek konsorcjum lub konsorcjant). Wynika to bezpośrednio z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że: „1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. 3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.” To, kto jest oferentem/wykonawcą wynika z treści oferty. To, czyją ofertę zabezpiecza poręczenie zapłaty wadium, wynika z jego treści. Prostą konsekwencją owego stanu prawnego jest to, że oferta złożona przez konsorcjum nie jest tym samym, co oferta złożona przez konsorcjanta. Równie prostą konsekwencją wskazanych okoliczności jest to, że oferent zarówno w treści oferty, jak i w treści poręczenia powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam oferent, nie można przypisać danego poręczenia do danej oferty. Tym samym z jednej strony nie ma oferty zabezpieczonej poręczeniem zapłaty wadium, a z drugiej - poręczeniem nie została zabezpieczona złożona oferta. Z tego powodu w braku wskazania w treści poręczenia prawidłowego oferenta (a tym samym i prawidłowej oferty) nie chodzi nawet o to, że poręczyciel może odmówić realizacji gwarancji, jeśli okoliczności wskazane w ustawie p.z.p a dotyczące sytuacji zatrzymania wadium wystąpią w stosunku do konsorcjanta innego niż wymieniony w treści poręczenia zapłaty wadium, ale także jeśli będą dotyczyły właśnie tego podmiotu. Z punktu widzenia bowiem treści poręczenia zapłaty wadium w połączeniu z treścią złożonej oferty żaden z tych podmiotów nie istnieje z punktu widzenia treści poręczenia, bo nie istnieje zabezpieczona tą gwarancją oferta. Z

sytuacji, gdy oferent, czyli i oferta wskazana w poręczeniu i, nie jest tym samym oferentem i ofertą, które pojawiły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia wynika więc, że nie ma jedności podmiotowo - przedmiotowej pomiędzy nimi, zatem zmieniony został/zostałyby zakres pokrycia poręczenia danego stanu faktycznego. To z kolei musi prowadzić do dwóch skutków: po pierwsze składając oświadczenie, iż w stosunku do „wykonawcy, którego oferta” została wybrana lub mogłaby zostać wybrana, a który został wskazany w poręczeniu, wystąpiła któraś z sytuacji wskazanych w ustawie powodująca obowiązek zatrzymania wadium, zamawiający nie oddawałby prawidłowo stanu faktyczno -prawnego istniejącego w postępowaniu (bo w postępowaniu nie ma i nie było oferty M- MBud M. S., której dotyczy poręczenie) i gdyby został przez poręczyciela o okazanie tej oferty poproszony, nie mógłby jej okazać. Po drugie - poręczyciel mógłby a w zasadzie powinien automatycznie podnieść w stosunku do wierzyciela (Zamawiającego) zarzut przekroczenia zakresu poręczenia (wystąpienia stanu, którego poręczenie nie obejmuje), inaczej dokonując wypłaty działałby na własną niekorzyść/niekorzyść podmiotu, który reprezentuje, co wywołuje skutki nie tylko cywilnoprawne, ale także karne. Sytuacja taka nie jest zgodna z istotą wadium zawartą w jej definicji (art. 704 § 1 k.c.), zgodnie z którą zabezpieczenie zapłaty sumy ma być odpowiednie. Natomiast zabezpieczenia, które jest niepewne i potencjalnie sporne, w żadnym wypadku nie można nazwać odpowiednim. Co więcej wadium wniesione w innej formie niż pieniężna, musi zabezpieczać interesy zamawiającego w sposób nie gorszy niż pieniądze spoczywające na rachunku zamawiającego. Natomiast poręczenie zapłaty wadium, którego zapłata jest co najmniej dyskusyjna, nie zabezpiecza interesów zamawiającego nie gorzej niż forma pieniężna wadium a więc nie jest to „odpowiednie” zabezpieczenie.

Doskonale ujął to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14 października 2015 r. o sygn. XXIII Ga 1313/15, w którym wskazał, że ocena, czy bank (gwarant) jako uczestnik obrotu cywilnoprawnego w praktyce wykona ciężące na nim zobowiązanie wynikające z gwarancji daleko wykracza poza ramy niniejszego postępowania [chodzi o postępowanie skargowe - przyp. aut.], ponieważ nigdy nie będzie możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenie o potencjalnym zachowaniu banku.” I ten właśnie cytat znakomicie podkreśla wadliwość argumentacji o poprawności gwarancji, w której nie wskazano, że gwarancja zabezpiecza ofertę konsorcjum - gdyż zamawiający nie może stwierdzić równie beztrąsko jak sąd, że nie wiadomo i nie ma znaczenia, jakie będzie zachowanie gwaranta w chwili, kiedy zamawiający zażąda zapłaty sumy gwarantowanej - to zamawiający bowiem będzie wypłaty dochodził i w oparciu o treść posiadanej gwarancji musi być pewny, że sumę wadialną uzyska. I przede wszystkim też, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców, zamawiający musi zweryfikować także poprawność wniesionych przez nich wadiumów. Zatem owszem, nie ma pewności, że ubezpieczyciel odmówi wypłaty

kwoty wadium - ale niema też pewności, że nie odmówi (i to nie bezpodstawnie, ale z mając ku temu uzasadnione przyczyny prawne. Oraz owszem, to zamawiający - i Izba, jeśli spór przed nią trafi, a następnie sąd - są nie tylko uprawnione, ale i zobowiązane do rozstrzygnięcia, czy gwarant mógłby skutecznie odmówić zamawiającemu wypłaty świadczenia pieniężnego z takiej gwarancji. Jest to wyraźny obowiązek formalny (proceduralny) związany z przyjętą procedurą udzielania zamówień.

W przeprowadzonej procedurze przetargowej zaistniała sytuacja, którą doskonale obrazuje Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2020 r. (sygn. akt 970/20). Zgodnie z treścią uzasadnienia tego wyroku Izba uznała, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

(...) o przesłankach realizacji gwarancji decyduje - jak to Sąd Najwyższy wyjaśnił i podkreślał - treść gwarancji. Sąd Najwyższy wskazał, że o zakresie zobowiązania gwaranta decyduje treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie; ustalenie wynikającego z treści gwarancji stopnia zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem (ważnością), treścią i zdarzeniami (zwłaszcza niewykonaniem zobowiązania) dotyczącymi zabezpieczanego zobowiązania jest kwestią wykładni oświadczeń woli stron umowy gwarancji (art. 65 KC), uwzględniającej cały ich kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których zostały złożone. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta, czy jak w tym przypadku „Zobowiązane”) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji nie wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia sformułowanego jako „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp). Zgodnie ze wskazówkami Sądu Najwyższego w powyżej wskazanym orzeczeniu rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 kc (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy wyżej wskazane określenie obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawcy w niej wymienieni również ponoszą za to zaniechanie odpowiedzialność. Innymi słowy, czy pojęcie „z przyczyn, leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Po dokonaniu analizy zgodnie z wytycznymi Sądu

Najwyższego skład orzekający Izby uznał, że dokument złożony przez Konsorcjum nie czynił zadość obowiązkowi skutecznego wniesienia wadium, gdyż nie spełniał opisanych wyżej wymogów. Dostrzeżenia wymagało w pierwszej kolejności, że konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp nie może budzić wątpliwości. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, że wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, powinien on dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Jak wskazuje się w orzecznictwie, treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13). Ponadto ustawa Pzp w 45 ust. 6 określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Powyższe dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej. Z treści gwarancji musiała zatem wynikać konieczność wypłaty przez ubezpieczyciela kwot wymienionych w gwarancji w sytuacjach, które zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy Pzp uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium opisanych powyżej realiach tej sprawy, ponieważ ofertę w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp), możliwość zaspokojenia interesów Zamawiającego, tj. uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musiała obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania „Wykonawcy” (według terminologii gwarancji „Zobowiązanego”) rozumianego w tym przypadku jako dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odnosząc się do kwestii solidarności zobowiązania spółkonsorcjantów względem zamawiającego, przyjmując za Sądem Najwyższym, że zobowiązanie to ma taki właśnie, tj. solidarny charakter, Izba uznała, że solidarność spółkonsorcjantów względem Zamawiającego nie miała zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Ponadto w wyroku słusznie zauważono, że treść stosunku prawnego podstawowego (zamawiający - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta czy też w naszym przypadku poręczyciela. Odpowiedzialność ta jest bowiem wyznaczona samą treścią gwarancji lub umową poręczenia. Poręczyciel zobowiązany będzie do wypłaty sumy poręczenia wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią poręczenia tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu.

(...) powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem poręczyciela. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści poręczenia podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność poręczyciela byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w poręczeniu. Zatem nawet jeśli członkowie Konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec Zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający - wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku poręczenia. Jeżeli natomiast poręczyciel zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawców udzielając poręczenia również za nich, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści poręczenia. W treści poręczenia zapłaty wadium złożonego przez M-MBud M. S. brak takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości poręczyciela co do działania zlecających również w imieniu innego podmiotu. Nie zaznaczono by działań bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań takich podmiotów. Przeciwnie, z jej treści - ani wprost, ani w sposób domniemany - nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta poza działania M-MBud M. S..

Ewentualne przyjęcie o objęciu poręczeniem także działań lub zaniechań podmiotów niewymienionych w treści poręczenia istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności poręczyciela. (...) z praktyki działalności podmiotu udzielającego poręczenia wynika, iż zakres ponoszonej przez niego odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją poręczenia, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Poręczyciel w tym przypadku Biłgorajska Agencja Rozwoju Regionalnego udziela bowiem poręczenia zapłaty wadium w celu osiągnięcia zysku a zatem przede wszystkim realizacji własnego celu gospodarczego. Weryfikuje zatem szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy, na podstawie czego decyduje o akceptacji poręczenia i kalkuluje opłacalność dokonywanej z nim czynności, jak również uzależnia wysokość opłaty od dokonanej analizy ryzyka. W tym miejscu należy wskazać, że Biłgorajska Agencja Rozwoju Regionalnego udzielając poręczeń zapłaty wadium dokonuje tego na podstawie ściśle określonych warunków. Wskazują one, że niezbędnymi elementami decyzji co do udzielenia poręczenia są:

- wniosek (o ściśle określonej formule i informacjach),
- dokumenty rejestrowe,
- dokumenty dotyczące sytuacji finansowej (bilans oraz rachunek zysków i strat za ostatnie 2 lata, deklaracje roczne składane do Urzędu Skarbowego przez podmiot ubiegający się o

poręczenie (np. PIT-36, PIT-37, CIT) za ostatnie 2 lata, bilans oraz rachunek zysków i strat albo wydruk z programu księgowego lub wgląd do książki przychodów i rozchodów obrazujących aktualną sytuację finansową, tzn. za okres bieżący na koniec ostatniego zamkniętego miesiąca, ewidencja środków trwałych,

- zaświadczenia (z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z podatkami - nie starsze niż 3 m-c, z ZUS o niezaleganiu w opłatach na ubezpieczenie społeczne -nie starsze niż 3 m-ce) Ponadto zgodnie z regulaminem udzielania poręczeń wysokość opłat za udzielenie poręczenia zapłaty wadium uzależniona jest od zakwalifikowania podmiotu ubiegającego się o poręczenie do odpowiedniej grupy ryzyka.

Taka procedura wprowadzona została w celu uzyskania pełnej wiedzy co do podmiotu któremu planowane jest udzielenie poręczenia. Jest to niewątpliwie argument potwierdzający to, że w przypadku braku wiedzy ze strony poręczyciela o „poręczeniu” za podmiot mu nie znany i nie zweryfikowany, uprawniony byłby do odmowy wypłaty sumy poręczenia. Przyjęcie za trafną tezę w zakresie prawidłowego zabezpieczenia ofert wadium w omawianym okolicznościach prowadziłoby również do umożliwienia nieuczciwym wykonawcom uzyskania wadium co do którego zamawiając nie byłby w stanie uzyskać zaspokojenia w sytuacjach wskazanych w ustawie Pzp, a co więcej stwarzałoby mechanizm tzw. „ustawiania przetargów”. Nie trudno wyobrazić sobie hipotetyczną sytuację, w której w przypadku odpowiedniej konfiguracji ofert wykonawcy w sposób świadomy rezygnowaliby z podpisania umowy licząc się z próbą zatrzymania wadium, w celu wyboru oferty droższej. Zamawiający oczywiście zobligowany byłby do zatrzymania wadium, ale w przypadku wystąpienia do poręczyciela zapłaty wadium w sytuacji braku jego wiedzy co do członków konsorcjum mu nie znanych i co do których nie udzielił poręczenia z całą pewnością nie uzyskałby takiego wadium z uwagi na podnoszone powyżej okoliczności. W tej sytuacji jedyną drogą do zaspokojenia roszczenia z tytułu wadium byłaby droga procesu sądowego, co przesądza o słuszności tezy, że wadium wniesione w ten sposób nie zabezpiecza roszczeń zamawiającego w sposób należyty i wystarczający, a przecież intencją ustawodawcy w przypadku dopuszczenia innych form wniesienia wadium niż pieniężna była możliwość zabezpieczenia w sposób nie gorszy niż pieniężny. Aby takie wadium w należyty sposób zabezpieczało zamawiającego z jego treści musi wynikać co najmniej, że poręczyciel udzielając poręczenia miał świadomość, że poręcza za ofertę składaną w ramach konsorcjum.

Również zdaniem Izby wyrażonym w przytoczonym powyżej wyroku, gwarant w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej precyzyjnie określa, za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu bierze odpowiedzialność. W konsekwencji uznać należy, iż w treści tejże gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdy

gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie na niektórych członków Konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów. Biorąc powyższe pod uwagę, aby uznać złożenie gwarancji ubezpieczeniowej za skuteczne, z przedłożonego przez Konsorcjum dokumentu gwarancji powinien w jakikolwiek sposób wynikać obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją, jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp dotyczy będą „Wykonawcy” rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę.

Również w naszym przypadku z treści przedłożonego przez Konsorcjum poręczenia i okoliczności w żaden sposób nie wynikają i nie sposób ich na żadnej podstawie domniemywać czy uzyskać w drodze wykładni poręczenia, że poręczyciel udzielił poręczenia za wszystkie podmioty tworzące konsorcjum. Okoliczności, jakie należy brać pod uwagę przy dokonywaniu wykładni umowy (co stosować należy i do gwarancji) to przede wszystkim zgodny zamiar stron i cel umowy, literalne brzmienie spornego postanowienia oraz całej umowy, kontekst słowny, w jakim postanowienie to zostało użyte w umowie, a nadto szeroko rozumiany kontekst sytuacyjny towarzyszący zawarciu danej umowy, przykładowo: czynności dokonywane przez strony przed zawarciem umowy, a związane już z jej zawarciem, czas, miejsce, przedmiot umowy, doświadczenie jej stron w obrocie, sytuacja osobista stron, itp. (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 14 września 2017 r. sygn. akt I ACa 309/17, LEX nr 2402400).

Za przyjęciem, że poręczyciel swoją wolą obejmował nie tylko odpowiedzialność za wskazany w jej treści jako zleceniodawca podmiot, ale także inne, współdziałające z nim podmioty nie przemawiają ani literalne brzmienie poręczenia, ani ustalone zwyczaje, ani praktyka, ani żadna inna okoliczność. Prawidłowość poręczenia nieobjętej wszystkich członków konsorcjum nie może być również wywodzona z faktu, że poręczenie jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że poręczyciel ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści poręczenia.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 25 stycznia 1995 r. (sygn. akt III CRN 70/94) wypowiadając się o odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, odpowiedzialność ta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. W wyroku tym Sąd stwierdził, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353 § 1 kc) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 kc). Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu niektórych wykonawców, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji.

(...) Zaznaczyć również należy, że w przytoczonym orzeczeniu skład orzekający Izby w pełni podzielił zatem stanowisko i argumentację Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 27 lutego 2019 r, sygn. akt XII Ga 555/19, wskazujące na konieczność objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, które jest również ugruntowane w orzecznictwie (por. wyroki zespołów arbitrów z: 25 września 2002 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1221/02, 24 stycznia 2006 sygn. akt UZP/ZO/O -149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z: 20 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1408/10, 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14, 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694/14, 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 813/15, 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15, 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1936/15, 5 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 82/16, 8 października 2015 r. sygn. akt: KIO 2067/15, 2069/15, 2071/15, 2 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2287/15, wyroki sądów powszechnych: Sądu Okręgowy w Katowicach z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, Sądu Okręgowy w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15, Sądu Okręgowy w Gdańsku sygn. akt XII Ga 697/15). Pogląd taki wyrażany jest również w piśmiennictwie (por. m.in. Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego, Eugeniusz Kowalewski, Władysław Wojciech Mogilski, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1/2014, Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium- kontrowersje interpretacyjne PZP 2008, nr 2).

W ocenie Izby konieczne było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art.23 ust. 1 w związku z ust 3 ustawy Pzp), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku „gwarancyjnego” działa także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę - po to, aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (jako beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany — zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nimi powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności.

Tymczasem zdaniem Izby w tej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że Zamawiający z uwagi na nieścisłości co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją.

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

Z przedstawionego orzeczenia KIO wnioskować można, iż wyrok Sądu Najwyższego w sprawie IV CSK 86/17 w żadnej mierze nie powinien stanowić podstawy dla przyjęcia tezy, zgodnie którą, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarancja wadium może każdorazowo obejmować tylko jednego członka konsorcjum wykonawczego. Takie rozwiązanie jest dopuszczalne, ale wymaga spełnienia szeregu czynników, warunkujących uznanie wniesienia tego typu gwarancji za skuteczne ustanowienie wadium rozumiane jako należyte zabezpieczenie interesów zamawiającego. Ocena spełnienia tych czynników powinna zawsze opierać się na treści danej - konkretnej gwarancji wadium czy też analogicznie na treści poręczenia. Innymi słowy, rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta/ poręczyciela za działania lub zaniechania ewentualnych, nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy (który zlecił udzielenie gwarancji/poręczenia), musi znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji/poręczenia i może nastąpić w sposób, który sprecyzował Sąd Okręgowy w Gdańsku w Wyroku z dnia 27 lutego 2019 r. (XII Ga 555/18).

Ponadto treść załączonego do oferty konsorcjum poręczenia zapłaty wadium jest nieprawidłowa z dodatkowej przyczyny. W jej treści poręczyciel wskazał termin ważności poręczenia bez określenia początkowego jego terminu. Ograniczył się jedynie do zapisu, że poręczenie ważne jest do dnia 06.06.2020 r. Uwzględniając datę udzielenia poręczenia t. j. 28.04.2020 r., oraz to że zgodnie z przepisami ustawy p. z. p. wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy p. z. p.) takie określenie terminu ważności wadium jest nieprawidłowe.. Ustawa p. z. p. w art. 45 ust. 6 pkt 5 dopuszcza wniesienie wadium w formie poręczenia udzielonego 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. Dla oceny prawidłowości wniesienia wadium w formie poręczenia będą miały zastosowanie przytoczone już przepisy Kodeksu Cywilnego (k.c.) zawarte w tytule XXXII (przepisy od art. 876 do art. 887 k.c.). Zgodnie z art. 876 § 1 k.c. poręczenie stanowi umowę cywilnoprawną, w której poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. Regulacja zawarta w § 2 tego przepisu określa formę zawarcia takiej umowy, wskazując, że oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie. Do zawarcia umowy poręczenia istotnym zatem jest, aby oświadczenie poręczyciela zostało złożone w formie pisemnej wierzycielowi (Zamawiającemu). Umowa poręczenia jest bowiem co do zasady umową jednostronnie zobowiązującą, dla której zawarcia wystarczającym jest złożenie oświadczenia woli przez poręczyciela wierzycielowi. Oświadczenie to pod rygorem nieważności powinno być jednak złożone w formie pisemnej. Zgodnie z art. 78 § 1 k.c. do zachowania formy pisemnej wystarczającym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Dla ustalenia chwili złożenia oświadczenia woli przez poręczyciela wierzycielowi istotnym jest dyspozycja art. 61 § 1 k.c., zgodnie z którym to przepisem oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Biorąc pod uwagę wskazane przepisy k.c. umowa poręczenia będzie skutecznie zawarta, jeśli oświadczenie woli poręczyciela w tym przedmiocie zostanie w formie pisemnej przekazane wierzycielowi (Zamawiającemu). Oświadczenie dłużnika nie jest w tym przypadku wymagane; nie jest też wymagane złożenie oświadczenia woli przez wierzyciela (Zamawiającego).

W stanie faktycznym niniejszej sprawy do upływu terminu składania ofert (do czasu, w którym wadium zabezpieczające ofertę wykonawcy powinno się znaleźć u Zamawiającego) nie doszło złożenia przez poręczyciela takiego pisemnego oświadczenia woli, bowiem Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia poręczyciela dopiero w momencie otwarcia ofert. Prawidłowe poręczenie zapłaty wadium powinno wskazywać okres początkowy. Jeżeli w treści poręczenia znajdował by się zapis mówiący o tym, że jest ono ważne przez cały okres związania ofertą lub od dnia 30.04.2020 r. (dzień upływu składania ofert) wówczas można by było uznać, że jest ono prawidłowe. Tym samym zatem należy uznać, że w tym przypadku nie doszło do zawarcia umowy poręczenia przed upływem terminu składania ofert. Ponadto treść umowy poręczenia wyraźnie wskazuje, że poręczyciel dokonał poręczenia za M. S. prowadzącego działalność pod nazwą M- MBud M. S.. W tym miejscu należy przytoczyć podnoszoną wcześniej argumentację, zgodnie z którą zamawiający musi zbadać, czy wadium zostało wniesione poprawnie. Gdyby uznać, że wadium wniesione w formie poręczenia nieznacznie po terminie składania ofert, nie wpływa na prawidłowość jego

wniesienia, to nie powinno się wykluczać np. wykonawcy, który spóźnił się z przelewem wadium - przecież zamawiający nie będzie zatrzymywał wadium już w chwili upływu terminu składania ofert, a w tym przypadku wadium przecież ma. Ugruntowane orzecznictwo KIO oraz sądowe wyraźnie wskazuje, że jeżeli Wykonawca spóźni się z zapłatą wadium w formie pieniężnej (nawet o parę minut), Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty. Skoro wadium wniesione w innej formie niż pieniężna (dopuszczalnej ustawą p. z. p.) musi mieć taką samo wartość i możliwość zaspokojenia przez Zamawiającego jak forma pieniężna, w rozpatrywanym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty konsorcjum firm Jsk Team M. K., M-MBud M. S. również z tej przyczyny.

Zamawiający zauważył ponadto, że żaden z członków konsorcjum nie był upoważniony do jego reprezentowania jako pełnomocnik, o czym świadczy treść załączonego do oferty pełnomocnictwa udzielonego na rzecz podmiotu trzeciego, w tym data jego udzielenia.”

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, stwierdzając w piśmie z dnia 26 lutego 2021 r., że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 lutego 2021 r., nie zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Prezes Urzędu podkreślił, że wnosząc zastrzeżenia Zamawiający w znacznej części powtórzył wyjaśnienia złożone w toku postępowania wyjaśniającego, które zostały przeanalizowane, a wnioski uwzględnione w Informacji o wyniku kontroli, poprzez wskazanie naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, mającego wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. W ocenie Prezesa Urzędu nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż dokument poręczenia zapłaty wadium złożony przez wykonawcę konsorcjum firm JSK Team M. K., M - MBUD M. S. jest nieprawidłowy. Ww. wykonawca wraz z ofertą przedłożył poręczenie zapłaty wadium wystawione w dniu 28.04.2020 r. przez Biłgorajską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A., która udzieliła poręczenia na rzecz Gminy Trzeszczany tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium w wysokości 60 000,00 zł w ramach przedmiotowego postępowania. Ww. poręczenie zostało udzielone Panu M. S., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą M - MBUD M. S.. Treść poręczenia wskazuje również, iż jest ono ważne do dnia 06.06.2020 r. Zarówno Zamawiający w treści zastrzeżeń, jak również Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli powołali się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż „(...) należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje (...) treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie. (...) Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. (...) Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. (...)"

W ocenie Prezesa Urzędu zgodnie z ww. wyrokiem Sądu Najwyższego nie jest konieczne wymienienie w dokumencie poręczenia wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, które jest rodzajem porozumienia zawartego między podmiotami, w celu uzyskania zamówienia publicznego i realizacja umowy. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższy przepis ma istotne znaczenie z punktu widzenia wniesienia wadium przez takich wykonawców. Skoro obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, to odnoszą się one do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których należy traktować jak jednego wykonawcę. Mimo iż w treści Poręczenia zapłaty wadium złożonego wraz z ofertą wykonawcy konsorcjum firm JSK Team M. K., M - MBUD M. S. wskazano jedynie podmiot M - MBUD M. S., to Poręczyciel zobowiązany będzie do wypłaty kwoty zabezpieczenia wskazanej w dokumencie bez względu na to, czy oferta została złożona jedynie przez M - MBUD M. S., czy też ww. wykonawca złoży ofertę wspólną z innymi podmiotami. Należy bowiem podkreślić, iż konsorcjum pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania poręczenia zapłaty wadium. Poręczenie takie może być wystawione wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum. W konsekwencji w razie wystąpienia po stronie jednego z członków konsorcjum okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium, zamawiający ma prawo domagać się spełnienia zabezpieczenia w postaci poręczenia zapłaty wadium wystawionego na jednego z członków konsorcjum. Powyższe wynika bowiem z faktu, iż po pierwsze wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może złożyć tylko jedną ofertę. Po drugie, zgodnie z art. 141 ustawy

Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z powyższego zatem wynika, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odpowiadają jak dłużnicy solidarni za działania lub zaniechania spowodowane przez któregokolwiek z wykonawców. W konsekwencji skuteczne będzie żądanie zapłaty skierowane w oparciu o dokument wadialny wystawiony tylko na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym złożenie poręczenia zapłaty wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wystawionego na rzecz jednego z tych wykonawców jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wskazanie w treści poręczenia tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dyskwalifikuje możliwości zaspokojenia się z niego przez zamawiającego w przypadku zaistnienia którejkolwiek z sytuacji, o których mowa w art. 45 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Przesłanki zatrzymania wadium, odnoszą się bowiem do wykonawcy, a zgodnie z 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. Ewentualne niepoinformowanie Poręczyciela o tym, że wykonawca wskazany w treści poręczenia był jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznym wykonawcą, w żaden sposób nie wpływa na skuteczność zobowiązania Poręczyciela do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na rzecz zamawiającego na pierwsze pisemne żądanie, na zasadach określonych w dokumencie.

Odnosząc się do podnoszonego przez Zamawiającego braku daty początkowej obowiązywania poręczenia wadialnego Prezes Urzędu wskazał, iż poręczenie wadialne załączone do oferty konsorcjum firm: JSK Team M. K., M - Mbud M. S. zostało wystawione dnia 28.04.2020 r. (termin składania ofert upływał dnia 30.04.2020 r. godz. 9.00). Data ważności poręczenia została wyznaczona na dzień 06.06.2020 r. Natomiast termin związania ofertą wynosił 30 dni, tj. upływał w dniu 29.05.2020 r. Z powyższego zatem wynika, iż poręczenie wadialne wystawione dnia 28.04.2020 r. zabezpieczało ofertę przez cały okres związania ofertą, tj. od dnia jej złożenia 30.04.2020 r. do dnia 29.05.2020 r. Należy zauważyć, że w przypadku wniesienia wadium w formie poręczenia, data wystawienia takiego dokumentu może być datą wcześniejszą niż termin składania ofert. Natomiast za datę wniesienia wadium zostanie uznana data złożenia poręczenia u zamawiającego w sposób określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, iż oferta ww. wykonawcy wpłynęła do Zamawiającego w dniu 30.04.2020 r. (godz. 8.33), ww. wykonawca załączył do oferty dokument poręczenia zapłaty wadium. Tym samym należy

uznać, iż poręczenie zapłaty wadium załączone do oferty konsorcjum firm JSK Team M. K., M - Mbud M. S. zostało wniesione prawidłowo (tj. przed upływem terminu składania ofert) i obejmowało cały okres związania ofertą.

Następnie Prezes Urzędu odniósł się do argumentu Zamawiającego, iż żaden z członków konsorcjum nie był upoważniony do jego reprezentowania jako pełnomocnik, o czym świadczy treść załączonego do oferty pełnomocnictwa udzielonego na rzecz podmiotu trzeciego, w tym data jego udzielenia (29.04.2020 r.) i wskazał, iż na gruncie stanowiska Sądu Najwyższego zaprezentowanego w wyroku z dnia 15.02.2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17) dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma znaczenia kwestia istnienia po stronie konsorcjanta, który wniósł wadium, umocowania do reprezentowania konsorcjum i zawarcia umowy poręczenia. W myśl art. 23 ust. 2 ustawy Pzp na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nałożono obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnikiem podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego może być zarówno jeden z członków konsorcjum, jak i osoba trzecia. W przedmiotowej sprawie pełnomocnikiem, który umocowany był do reprezentowania wykonawcy konsorcjum firm: JSK TEAM M. K. oraz M - MBUD M. S. był pan Wojciech Krasnopolski. Tym samym okoliczność, iż podmiot M - MBUD M. S. nie był upoważniony do reprezentowania konsorcjum jako pełnomocnik - nie wpływa na prawidłowość wniesienia wadium w ramach przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku SO w Krakowie z dnia 09.10.2020 r. (Sygnatura akt II Ca 1656/20), w którym wskazano, iż „...przyczyną odrzucenia przez zamawiającego oferty (...) S.C.(...) i Finanse Spółki z o.o. z W., było wskazanie w treści oświadczenia poręczyciela tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zamawiający konsekwentnie zarzuca, iż treść poręczenia nie dawałaby podstawy do żądania zapłaty wadium gdyby roszczenia zamawiającego wynikały z przyczyn leżących po stronie drugiego konsorcjanta. Formułując ten zarzut, skarżący pomija przedstawione w uzasadnieniu wyroku KIO i znajdujące potwierdzenie w zacytowanych powyżej tezach uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego IV CSK 86/17 argumenty, które jednoznacznie prowadzą do przekonania, że poręczenie udzielone przez (...) Sp. z o.o. we W. zabezpieczało prawo zamawiającego do żądania zapłaty wadium bez względu na to który z konsorcjantów doprowadził do ziszczenia się przesłanek z art. 46 ust. 4a i 5 pzp. Wspomniane przepisy określają sytuacje dotyczące zachowań lub zaniechań „wykonawcy” pozwalające zamawiającemu na zatrzymanie wadium. Na gruncie przedmiotowego zamówienia Województwa (...) o numerze referencyjnym EK-11.052.1.19.2019 a w szczególności wobec treści punktu 6.4 specyfikacji wykonawcą o którym mowa w treści art. 46 ust. 4a i 5 pzp jest

konsorcjum stworzone przez wspólnie ubiegających się wykonawców, odpowiadających solidarnie za wykonanie umowy. Słusznie też KIO przyjęła, iż solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia rozciąga się również na ich zobowiązania w zakresie wadium, niezależnie od tego, którzy z członków konsorcjum figurują w komparycji dokumentu wadialnego."

W związku z powyższym w ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm JSK TEAM M. K. oraz M - MBUD M. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej i stwierdził, że nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego, oraz poinformował, że zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i stanowiskiem Zamawiającego, biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie dotyczącym stwierdzenia, że wadium złożone w postaci dokumentu poręczenia, w którym jako wykonawca został wskazany tylko jeden z członków konsorcjum zasługują na uwzględnienie.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.*

W ocenie Izby Prezes Urzędu nieprawidłowo uznał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum JSK TEAM M. K. oraz M - MBUD M. S. w sytuacji, gdy wadium wniesione w formie poręczenia jako wykonawcę w analizowanym postępowaniu wskazywało tylko jednego z partnerów konsorcjum.

Stan faktyczny ustalony w trakcie postępowania kontrolnego nie jest sporny. W szczególności nie jest kwestionowane, że w analizowanym postępowaniu Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 60 000 zł, że ww. konsorcjum JSK TEAM M. K., M - MBUD M. S. wraz z ofertą złożyło poręczenie zapłaty wadium wystawione w dniu 28 kwietnia 2020 r. przez Biłgorajską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A., która udzieliła poręczenia na rzecz Gminy Trzeszczany tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium w wymaganej wysokości w ramach przedmiotowego postępowania, jak również to, że poręczenie zostało udzielone p. M.

S., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą M - MBUD M. S. bez wskazania, że w postępowaniu nie występuje on samodzielnie, lecz w ramach konsorcjum JSK TEAM M. K., M - MBUD M. S., oraz, że treść poręczenia wskazuje, iż jest ważne do dnia 6 czerwca 2020 r.

Różnica stanowisk dotyczy obydwu kwestii dotyczących wadium złożonego przez ww. konsorcjum, tj. czy taki dokument w sytuacji, gdy: jako Wykonawcę (dłużnika) wskazuje jedynie p. M. S. oraz nie wskazuje daty początkowej poręczenia, można uznać za prawidłowo wniesione wadium przez konsorcjum.

W ocenie Prezesa Urzędu odpowiedź na tak postawione pytania jest twierdząca, natomiast zdaniem Zamawiającego złożone poręczenie jest nieprawidłowe z obydwu ww. powodów.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do pierwszego z ww. zastrzeżeń do przedmiotowego wadium, tj. odnoszącego się do braku wymienienia w poręczeniu obydwu członków konsorcjum lub wskazania, pozwalającego na przyjęcie, że Poręczyciel wiedział, że p. M. S. nie będzie składał oferty samodzielnie, lecz w ramach konsorcjum wraz z ww. partnerem.

Zauważenia wymaga, że, jak wyżej zostało stwierdzone, ofertę w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum: JSK TEAM M. K. oraz M - MBUD M. S., a zatem stosownie do art. 23 ust. 2 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się nich odpowiednio. Zgodnie z pkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca przed upływem terminu składania ofert był obowiązany wnieść wadium, w wybranej przez siebie formie, spośród form przewidzianych w ustawie i wskazanych przez Zamawiającego, przy czym należy mieć na uwadze, że każda z tych form w takim samym stopniu powinna zabezpieczać ofertę i dawać Zamawiającemu pewność, co do skuteczności zatrzymania wadium, w przypadku zaistnienia ku temu podstaw, wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Celem ustanowienia wadium jest bowiem zabezpieczenie interesów Zamawiającego przed nierzetelnym postępowaniem wykonawców w okresie związania ofertą. Wniesienie wadium w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, należy zatem uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono Zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę

W analizowanym postępowaniu wraz z ofertą ww. konsorcjum został złożony dokument poręczenia w którym:

„Biłgorajska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Biłgoraju przy ul. Kościuszki 65, 23-400 Biłgoraj, zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Lublin- Wschód w Lublinie z siedzibą w Świdniku, VI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000029538; NIP: 918-001-06-47, REGON: 950173239; kapitał zakładowy 552.400 zł, reprezentowana jednoosobowo przez: M. K. - Dyrektor Funduszu Poręczeniowego BARR S.A., zwana dalej Poręczycielem, udziela niniejszym poręczenia na rzecz: Gmina Trzeszczany, Trzeszczany Pierwsze 194, 22-554 Trzeszczany tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium w wysokości 60.000,00 zł (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) w postępowaniu na: „Termomodernizacja Szkoły Podstawowej im. Cypriana Kamila Norwida w Trzeszczanach” (znak sprawy: DPŚ.271.1.2020) przez: M. S., zam. Ul. Spółdzielcza 1, 22-460 Szczebrzeszyn, prowadzący działalność gospodarczą zgodnie z odpisem z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej pod nazwą M-MBud M. S., ul. Spółdzielcza 1 22-460 Szczebrzeszyn, REGON 060198863, NIP 9222556659, zwana dalej Wykonawcą. Poręczyciel zobowiązuje się nieodwołalnie, bezwarunkowo i bez protestu wypłacić Państwu całą kwotę zobowiązania w wysokości 60.000,00 zł (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) na pierwsze pisemne żądanie, wraz z oświadczeniem, że Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej, a także nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z poniższych warunków zgodnie z art. 46 ust. 5 w/w ustawy:

- 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.

Żądanie wraz z oświadczeniem będą stanowić wystarczający dowód, że żądana suma jest należna na warunkach niniejszego poręczenia.

Niniejsze poręczenie ważne jest do dnia 06.06.2020 r. i jakiegokolwiek roszczenie na jego podstawie musi być zgłoszone na piśmie Poręczycielowi do wymienionej daty włącznie.

Kwota objęta niniejszym poręczeniem zostanie wypłacona w terminie 14 dni od dnia otrzymania stosownego żądania.

Niniejsze poręczenie powinno zostać zwrócone Poręczycielowi po upływie terminu jego ważności.

Wszystkie spory dotyczące niniejszego poręczenia będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że co innego wynika z przepisów prawa”

Z treści tego dokumentu wynika, że poręczenie dotyczy jedynie p. M. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M-MBud M. S. i to on jest określany jako Wykonawca w postępowaniu, w ramach którego składane jest wadium. Tymczasem ww. p. M. S. nie złożył samodzielnie oferty w tym postępowaniu, lecz uczynił to wraz z drugim podmiotem, działając w ramach konsorcjum. Nie ma zatem tożsamości podmiotów po stronie wykonawcy tj. wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których jedynie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy, oraz Wykonawcy wskazanego w dokumencie poręczenia.

Wskazania wymaga, iż poręczenie jest zabezpieczeniem mającym charakter odmienny od gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, o których mowa w przywoływanym przez Prezesa Urzędu i Zamawiającego wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17), bowiem ma charakter akcesoryjny w stosunku do wierzytelności, którą zabezpiecza, podczas gdy gwarancja ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter, którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Ponadto w ocenie Izby wyrok ten nie przesądził zasady, że można wystawić gwarancję wadialną tylko i wyłącznie na jednego z członków konsorcjum, lecz wskazał m.in., że decyduje treść gwarancji wystawionej w określonych okolicznościach, która może być ukształtowana różnie.

Stosownie do art. 876 § 1 k.c. *Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał.* Art. 879 k.c. stanowi: § 1 *O zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika.* § 2 *Jednakże czynność prawna dokonana przez dłużnika z wierzycielem po udzieleniu poręczenia nie może zwiększyć zobowiązania poręczyciela.*

Strony umowy poręczenia, korzystając z zasady swobody umów, mogą swobodnie ukształtować jej treść. Do umowy mają zastosowanie przepisy art. 65 § 1 i 2 k.c., który stanowi w § 1, *iz oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje,* zaś w § 2, *iz w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.* Oznacza to, że wykładania oświadczenia woli powinna zostać przeprowadzona wielopłaszczyznowo, tj. po ustaleniu

literalnego brzmienia umowy, należy ustalić sens złożonych przez strony oświadczeń woli poprzez odwołanie się do zgodnego zamiaru stron i celu umowy, przy czym w zakresie celu umowy wystarcza, aby był to cel zamierzony przez jedną stronę, o ile jest wiadomy drugiej stronie (por. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19.1.2018 r. I CSK 226/17).

Powyższe wskazuje, że w umowie poręczenia m.in., dla uniknięcia podnoszenia zarzutu przekroczenia granic swobody umów, czy nadużycia prawa, następuje określenie w sposób wiążący świadczenia dłużnika, w tym oznaczenie poręczanego długu, co wiąże się z możliwością oceny poziomu ryzyka, jakie podejmuje poręczyciel. W tym zakresie istotne znaczenie ma zindywidualizowanie osoby dłużnika oraz zakresu poręczenia w aspekcie przedmiotowym i czasowym. Poręczenie za osobę lub okoliczności nieznaną w chwili zawarcia umowy wiązałoby się bowiem m.in. z brakiem możliwości oceny ryzyka przez poręczyciela, dlatego, jeżeli poręczyciel miałby przyjąć na siebie ryzyko związane z brakiem zindywidualizowania dłużnika w dacie zawarcia umowy, to powinno to wynikać z umowy.

W okolicznościach analizowanej sprawy wskazania wymaga, że z przedmiotowej umowy poręczenia nie wynika, aby Poręczyciel miał wiedzę, iż miałby odpowiadać w większym zakresie, niż to zostało określone w treści umowy, nie wynika, aby wskazany w niej jako Wykonawca p. M. S. występował niesamodzielnie, lecz jako pełnomocnik drugiego członka konsorcjum, upoważniony do pozyskania i złożenia wadium także w imieniu konsorcjum. W związku z tym istnieje ryzyko uchylenia się Poręczyciela od odpowiedzialności i braku wypłaty kwoty wadium na wystąpienie Zamawiającego, w sytuacji, gdyby przesłanki jego zatrzymania zaktualizowały się na skutek działania lub zaniechania partnera konsorcjum, o którego istnieniu nie wiedział w dacie zawierania umowy na określonych w niej warunkach. Okoliczność, iż w takim przypadku sprawa mogłaby zostać skierowana na drogę postępowania sądowego, nie przesądza o tym, że złożone wadium w takim samym stopniu zabezpiecza interes Zamawiającego, jak takie, które byłoby wniesione w pieniądzu, czy takie, w którym w umowie byłiby wymienieni wszyscy partnerzy konsorcjum, bądź wynikałoby z niej, że Poręczyciel, zawierając umowę uczynił to z uwzględnieniem znanych mu ryzyk, związanych z udziałem po stronie dłużnika (Wykonawcy) także innego podmiotu. Zamawiający powinien mieć jasność co do skuteczności złożonego wadium, bez narażania się na postępowanie sądowe.

Uznanie, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zakres odpowiedzialności dłużnika głównego jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum, nawet przyjmując, że solidarność występuje także na etapie postępowania przetargowego, nie zmienia powyższej oceny. Poręczyciel, w dacie zawarcia umowy poręczenia nie powinien być wprowadzany w błąd co do osoby dłużnika (osoby składającej ofertę), a jeśli decyzja co do zmiany po stronie dłużnika

powstała po zawarciu umowy poręczenia, nie powinien być stawiany w sytuacji, w której miałby odpowiadać za dług powstały również na skutek działań lub zaniechań nieznanego (niezweryfikowanego) dłużnika.

Z powyżej przedstawionej treści umowy poręczenia wynika, że przypadki, za które Poręczający odpowiada odnoszą się do okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp i do jednego, wskazanego w niej podmiotu, co oznacza, że w dacie zawierania umowy to on był dłużnikiem i zakres odpowiedzialności poręczyciela był do niego odnoszony. Tymczasem wadium miało zabezpieczać ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a więc inną, niż ta, o której mowa w umowie poręczenia. Konieczność wypłaty przez poręczyciela kwoty zabezpieczonej w poręczeniu składanym tytułem wadium nie może budzić wątpliwości, wypłata kwoty poręczenia nie może zależeć od dobrej woli poręczającego, bądź być uzależniona od interpretacji poręczenia dokonywanej wbrew treści umowy. Obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, iż wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę dla odrzucenia oferty, powinien zadbać o swoje interesy i dołożyć starań, aby oświadczenie poręczyciela zostało złożone prawidłowo. Treść dokumentów wadialnych składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. X Ga 189/13). Ustawa Pzp w 45 ust. 6 ustawy Pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w pieniądzu.

Skoro zgodnie z treścią poręczenia Wykonawcą, za którego działania i zaniechania odpowiadał Poręczający, był jedynie p. M. S., to nie było nim konsorcjum, które złożyło ofertę, w szczególności drugi członek konsorcjum, tj. p. M. K.. Z treści poręczenia nie wynikało, aby poręczający zdecydował się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów Wykonawcy wskazanego w umowie poręczenia. Nie ma żadnego nawiązania do działań i zaniechań ewentualnego uczestnika konsorcjum ani jakiegokolwiek wzmianki, że Poręczający swoją świadomością obejmuje również odpowiedzialność za działania i zaniechania kogokolwiek innego, niż wskazany w umowie podmiot.

Prawidłowość poręczenia, nieobejmującego wszystkich członków konsorcjum, nie może być również wywodzona z faktu, że poręczenie obejmuje zobowiązanie do nieodwołalnej, bezwarunkowej, bez protestu wypłaty wskazanej kwoty. Nie oznacza to bowiem, że Poręczający ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania innego podmiotu, niż wskazany w treści poręczenia. W związku z tym istnieje ryzyko uchylenia się poręczyciela od spełnienia świadczenia, jeżeli

żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią poręczenia (art. 353¹ k.c.) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.). Żądanie wypłaty z umowy poręczenia w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią tej umowy dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej umowy.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, że w okolicznościach badanej sprawy złożone wadium nie zabezpiecza oferty, jaka została złożona w postępowaniu, z uwagi na to, że oferta została złożona przez konsorcjum JSK TEAM M. K., M - MBUD M. S., a nie przez p. M. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M - MBUD M. S., zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego dotyczącego daty początkowej obowiązywania poręczenia wadium, za słuszne uznaje stanowisko Prezesa Urzędu w tym zakresie.

W sytuacji, gdy poręczenie zapłaty wadium złożone wraz z ofertą przez konsorcjum JSK Team M. K., M - Mbud M. S. zostało wystawione dnia 28 kwietnia 2020 r., tj. przed upływem terminu składania ofert, ustalonym na 30 kwietnia 2020 r. godz. 9.00, oferta ww. wykonawcy wpłynęła do Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2020 r. o godz. 8.33, termin związania ofertą wynosił 30 dni i upływał 29 maja 2020 r., zaś data ważności poręczenia została określona na 6 czerwca 2020 r., to poręczenie, jeśli by zawierało prawidłowo wskazanego wykonawcę, który złożył ofertę, tj. ww. konsorcjum, zabezpieczałoby złożoną ofertę przez cały okres związania ofertą.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

