

WYROK
z 21 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 20 maja 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. Węglokoks S.A. z siedzibą w Katowicach,
2. Wampol Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach,
3. Remontex Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Tauron S.A. z siedzibą w Jaworznie, przy udziale:

A. wykonawcy Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. Hydrotech S.A. z siedzibą w Rybniku,
2. Becker-Warkop Sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Węglokoks S.A. z siedzibą w Katowicach, Wampol Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach i Remontex Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Tauron S.A. z siedzibą w Jaworznie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa remontu obudowy zmechanizowanej Glinik 20/41 POz dla TAURON Wydobycie S.A.- Zakład Górniczy Janina”, numer: 2020/TWD/TWD/02103/L-201/P/MNI, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 243-602921. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

6 kwietnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Węglkok S.A. z siedzibą w Katowicach, Wampol Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach i Remontex Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (Dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrotech S.A. z siedzibą w Rybniku oraz Becker-Warkop Sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach (dalej: Przystępujący Hydrotech lub Konsorcjum Hydrotech), mimo, że wykonawca ten nie wniósł wadium lub wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego Hydrotech, pomimo że oferta ta winna zostać odrzucona (zgodnie z zarzutem nr 1).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrotech;
3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł ponadto o:

1. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania,

2. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności wskazanych w treści odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców zabezpieczenia ich ofert wadium w wysokości 177 700,00 złotych (rozdział 4 „Postępowanie”, część 4.3 „Wymagania dotyczące wadium” SIWZ).

Konsorcjum Hydrotech do oferty dołączyło gwarancję wadialną nr BOFH21022891GP/K wystawioną przez Bank Pekao. W treści gwarancji jako jedynego zleceniodawcę gwarancji oraz jedynego wykonawcę, którego ofertę zabezpiecza gwarancja, wskazano spółkę Hydrotech S.A. W dalszej treści gwarancji wadialnej zacytowano dosłownie brzmienie przepisów art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 Pzp.

Zamawiający 25 marca 2021 poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Przystępującego Hydrotech.

Zgodnie z przepisami Pzp Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty w przypadku, gdy wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych odnoszące się do kwestii niepieniężnych form wadium (gwarancji, poręczenia), w przypadku ich wnoszenia przez konsorcja było podzielone, aczkolwiek większa część orzecznictwa stała na stanowisku, że w przypadku nieujęcia w gwarancji wadialnej wszystkich konsorcjantów, a przynajmniej niewskazania, że gwarancja wadialna zabezpiecza ofertę (niewskazanego z imienia poszczególnych członków) „konsorcjum” – gwarancja taka nie może zostać uznana za prawidłową i zabezpieczającą interesy Zamawiającego. Kwestia ta została rozwiązana przez wyrok Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 roku (IV CSK 86/17) oraz następujący po nim wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 lutego 2019 roku (XII Ga 555/18), który zapadł w wyniku ponownego rozpoznania przez ten sąd skargi na orzeczenie Izby, zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku, aby gwarancja wadialna odnosząca się do oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zabezpieczała interes Zamawiającego w pełni:

- a. wymienieni w niej muszą być wszyscy członkowie konsorcjum z nazw (firm) albo
- b. wskazywać winna, że zabezpiecza ofertę składaną przez „konsorcjum” lub „wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia” (wykluczona jest taka treść gwarancji, która wskazuje na fakt, że gwarant zabezpiecza ofertę wyłącznie jednego podmiotu) albo

c. treść gwarancji nie powinna cytować bezpośrednio przepisów art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 Pzp ale powinna wskazywać na szerszy zakres odpowiedzialności gwaranta, ponieważ zwroty „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” oraz „z przyczyn leżących po jego stronie” zostały jednoznacznie uznane przez sądy za niezapewniające ochrony Zamawiającego w przypadku, gdyby przyczyny zatrzymania wadium „leżały po stronie” tego wykonawcy (konsorcjanta), który nie został wskazany w treści gwarancji (Sąd Najwyższy nakazał Sądowi Okręgowemu zbadać czy zwrot „z przyczyn leżących po stronie” jest równoznaczny ze zwrotem „z przyczyn za które odpowiada”, na co Sąd Okręgowy udzielił odpowiedzi negatywnej uznając, że sformułowanie „z przyczyn leżących po stronie” nie oznacza „z przyczyn za które odpowiada” – a co za tym idzie, przyczyny leżące po stronie konsorcjanta nie wchodzi w zakres gwarancji wadialnej, która w związku z tym nie zabezpiecza Zamawiającego w sposób pełny, ponieważ gwarant może się uchylić w przypadku, gdy przesłanki do zatrzymania wadium zostaną spowodowane przez działania lub zaniechania konsorcjanta niewskazanego w gwarancji wadialnej.

Gwarancja (bankowa) wadialna złożona przez Konsorcjum Hydrotech:

- a. zawierała wskazanie na wyłącznie jeden podmiot (spółkę Hydrotech S.A.), który został oznaczony w treści dokumentu jako „Wykonawca”, za którego działania i zaniechania odpowiada gwarant,
- b. nie zawierała nazwy drugiego z konsorcjantów,
- c. nie zawierała żadnego postanowienia wskazującego na istnienie jakiegokolwiek konsorcjum, a przynajmniej na świadomość gwaranta, że oferta składana jest wspólnie z innym wykonawcą,
- d. nie zawierała rozszerzenia odpowiedzialności za działania i zaniechania podmiotu innego niż spółka Hydrotech S.A.

Gwarancja wadialna złożona przez Przystępującego Hydrotech zabezpieczała zatem wyłącznie działania i zaniechania, których dopuściłaby się spółka Hydrotech S.A., z kolei gwarancja taka nie zabezpieczała w żadnym wypadku działań i zaniechań innych podmiotów (w szczególności spółki Becker-Warkop Sp. z o.o.), której działania i zaniechania mogłyby leżeć u podstaw zaistnienia okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium przez Zamawiającego. W tym stanie rzeczy niewskazanie w treści złożonej gwarancji drugiego konsorcjanta, brak informacji o jakimkolwiek „konsorcjum” czy „wykonawcach wspólnie składających ofertę”, jak również zacytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 z fragmentem „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”, który to został w gwarancji zdefiniowany tylko jako spółka Hydrotech S.A. powodował, że gwarancja nie mogła zostać uznana za prawidłową i zabezpieczającą interesy Zamawiającego.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przytoczył szereg orzeczeń KIO oraz sądów wskazując na ich podstawie na istnienie ugruntowanej linii orzeczniczej potwierdzającej zasadność argumentacji Odwołującego i żądania odrzucenia oferty Przystępującego Hydrotech jako nieprawidłowo zabezpieczonej wadium w postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego Hydrotech, jako podlegająca odrzuceniu z postępowania, nie mogła zostać w nim wybrana jako najkorzystniejsza. Wybór ten był wadliwy i naruszał zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ uprzywilejował Konsorcjum Hydrotech.

19 maja 2021 r. pismo procesowe złożył przystępujący po stronie Odwołującego wykonawca Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej Przystępujący Hydromel). Przystępujący Hydromel w pełni poparł (i w znacznej mierze powielił) stanowisko Odwołującego oraz zawarł w uzasadnieniu odwołania argumentację i wskazał ponadto:

Gwarancja wadialna wniesiona przez Przystępującego Hydrotech wystawiona została 8 stycznia 2021 r., zatem przed ustanowieniem spółki Hydrotech S.A. pełnomocnikiem Konsorcjum Hydrotech. O fakcie tym świadczy data podpisania pełnomocnictwa dla spółki Hydrotech, tj. 21 stycznia 2021 r.

17 maja 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiającemu znane były orzeczenia KIO powołane przez Odwołującego, ale faktem było, że istnieją odmienne wyroki KIO – przeczące stanowisku i wywodom Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego gwarancja wadialna złożona przez Przystępującego Hydrotech została prawidłowo złożona, więc w pełni zabezpieczała interesy Zamawiającego. Tym samym Przystępujący Hydrotech prawidłowo wniósł wadium i oferta jego nie powinna zostać odrzucona z postępowania.

19 maja 2021 r. Przystępujący Hydrotech w odpowiedzi na odwołanie złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Niesporne w sprawie było, iż w treści gwarancji wadialnej nr BOFH21022891GP/K wystawionej przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, złożonej przez Przystępującego, jako wykonawcę wymieniono jedynie spółkę Hydrotech S.A. Powyższe jednak w żaden sposób nie powodowało, że ww. gwarancja zabezpieczała wyłącznie działania i zaniechania, których dopuściłaby się spółka Hydrotech S.A., natomiast nie zabezpieczała działań i zaniechań spółki Becker-Warkop Sp. z o.o., której działania i zaniechania mogłyby leżeć u podstaw zaistnienia okoliczności, które skutkować winny zatrzymaniem wadium przez Zamawiającego.

Przystępujący Hydrotech wskazał, że brak jest ustawowej definicji wadium w Pzp, dlatego należy stosować art. 704 § 1 Kc, zgodnie z którym w warunkach aukcji lub przetargu można zastrzec,

że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Przystępujący podniósł także argument o braku dodatkowych, ustanowionych przez Zamawiającego w SIWZ wymogów, co do treści gwarancji wadialnych. Z tego względu w ocenie Przystępującego nie było obowiązku wymienienia w treści gwarancji nazw wszystkich wchodzących w skład konsorcjum podmiotów, których oferta została zabezpieczona przez Gwaranta. Zamawiający mógł określić taki wymóg, ale tego nie zrobił.

Nie było wątpliwości, że podmioty wchodzące w skład Przystępującego, odpowiadają wobec Zamawiającego solidarnie. Solidarna odpowiedzialność konsorcjantów wynika z art. 141 Pzp, a ponadto została potwierdzona w szeregu orzeczeń KIO, Sądów Okręgowych, jak również w powołanym w odwołaniu wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 roku (IV CSK 86/17).

Dodatkowo solidarna odpowiedzialność konsorcjantów wobec Zamawiającego wynikała także z Umowy Konsorcjum zawartej przez spółki Hydrotech i Becker-Warkop 29 grudnia 2020 r. W § 6 ust. 1 ww. Umowy wskazano, że: „Strony niniejszej umowy ponoszą wobec Zamawiającego odpowiedzialność solidarną”. Przystępujący Hydrotech wniósł o przeprowadzenie dowodu z tej umowy.

29 grudnia 2020 r., a zatem przed wystawieniem gwarancji wadialnej nr BOFH21022891GP/K, spółki Hydrotech S.A. oraz Becker-Warkop Sp. z o.o. zawarły Umowę Konsorcjum (Umowę Regulującą Współpracę Podmiotów Składających Wspólnie Ofertę), w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W § 2 (Reprezentacja) ust. 1 Umowy Konsorcjum Hydrotech S.A. została wyznaczona jako pełnomocnik podmiotów składających ofertę wspólną, a w § 2 ust. 3 Umowy Konsorcjum Becker-Warkop sp. z o.o. udzieliła Hydrotech S.A. pełnomocnictwa: „do prowadzenia w jego imieniu wszelkich spraw podejmowanych w związku z realizacją celu, dla którego zostało powołane Konsorcjum, w tym w szczególności do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w 1 ust. 1 niniejszej umowy, przygotowania oferty (w tym wszelkich wymaganych przez Zamawiającego dokumentów), podpisania oferty oraz załączników do niej (w tym potwierdzenia załączników za zgodność z oryginałem), do złożenia oferty Zamawiającemu, w tym także w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu, uzyskania i wniesienia wadium oraz podpisania umowy z Zamawiającym jak również do udzielenia w zakresie udzielonego pełnomocnictwa dalszego pełnomocnictwa dla pracownika Pełnomocnika lub innej osobie do jednoosobowego reprezentowania Konsorcjum”.

Co istotne, w § 4 ust. 1 pkt 2 Umowy Konsorcjum strony wyraźnie postanowiły, że to pełnomocnik (czyli Hydrotech SA) zobowiązany był „uzyskać i wnieść w terminie wadium oraz ponieść koszty z tym związane”.

Wobec powyższego nie było żadnych wątpliwości, że uzyskując wadium spółka Hydrotech S.A. działała jako pełnomocnik konsorcjum. tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto, w celu rozwiania ewentualnych wątpliwości, co do rozumienia złożonej przez Przystępującego gwarancji wadialnej nr BOFH21022891GP/K i zakresu odpowiedzialności Gwaranta Przystępujący Hydrotech wniósł o przeprowadzenie dowodu z załączonego do pisma procesowego dowodu z oświadczenia Banku Polska Kasa Opieki S.A. z 19 maja 2021 r. W tym oświadczeniu Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna przede wszystkim potwierdził, że dokona zapłaty kwoty wadium na rzecz Zamawiającego w przypadku złożenia przez niego pisemnego oświadczenia, iż zachodzi przesłanka określona w pkt 1) lit. a) lub b) lub c) lub w pkt 2) ww. gwarancji (czyli przesłanka zatrzymania wadium określona w art. 46 ust. 4a lub 5 Pzp), niezależnie od tego, czy ww. przesłanka będzie dotyczyć spółki Hydrotech S.A., czy Becker-Warkop Sp. z o.o. Gwarant potwierdził też, że każde złożone pisemne żądanie zapłaty, spełniające warunki formalne ww. gwarancji, oparte na jednej z przesłanek określonych w pkt 1) lit. a) lub b) lub c) lub w pkt 2) ww. gwarancji, dotyczące zarówno Hydrotech S.A. jak i Becker-Warkop Sp. z o.o., zostanie uznane.

Ponadto Gwarant oświadczył, że znany był mu fakt, iż spółka Hydrotech S.A. wzięła udział w przedmiotowym postępowaniu wspólnie z Becker-Warkop Sp. z o.o.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp, zwanej dalej: nPzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosili skuteczne przystąpienie:

- A. wykonawcy Hydromel Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:
 - 1. Hydrotech S.A. z siedzibą w Rybniku,
 - 2. Becker-Warkop Sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanachzgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Strony i Przystępujący byli zgodni, co do faktu, że w SIWZ Zamawiający nie zawarł żadnych wymogów dotyczących obowiązku ujawnienia w treści gwarancji wadialnych wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum posługującego się taką gwarancją.

Spór między stronami opierał się przede wszystkim na sposobie rozumienia treści złożonej w postępowaniu przez Przystępującego Hydrotech gwarancji wadialnej nr BOFH21022891GP/K z 8 stycznia 2021 r. wystawionej przez Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Jako Beneficjenta gwarancji oznaczono Zamawiającego, natomiast jako wykonawcę, którego oferta jest przedmiotem zabezpieczenia wskazano: „HYDROTECH S.A., ul. Poligonowa 21, 44-251 Rybnik”.

Zakres odpowiedzialności Gwaranta z tytułu gwarancji został określony w następujący sposób:

„My, Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-844 Warszawa, działając na zlecenie Wykonawcy, zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo, do zapłacenia Wam [Zamawiającemu – przyp. Izby] każdej kwoty do wysokości: 177 700,00 zł (słownie: sto siedemdziesiąt siedem tysięcy siedemset złotych 00/100) na Wasze pierwsze pisemne żądanie zapłaty, właściwie podpisane, oraz Wasze pisemne oświadczenie, że Wykonawca:

- 1) nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., zwanej dalej ustawą, tj. Wykonawca, którego Oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie, lub
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub

2)w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

Tym samym literalne brzmienie spornej gwarancji prowadziło do jednoznacznego wniosku, że intencją Gwaranta było zabezpieczenie oferty złożonej przez spółkę Hydrotech S.A., a nie konsorcjum, którego ta spółka była liderem. Z treści tej gwarancji nie wynikało również, by Gwarant miał w ogóle świadomość, że spółka Hydrotech S.A. uczestniczy w konsorcjum. Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i oddalenia odwołania miał jednak złożony przez Przystępującego Hydrotech dowód – tj. oświadczenie Gwaranta z 19 maja 2021 r. W dokumencie tym Gwarant wskazał m.in.: „Ponadto Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna oświadcza, że znany jest mu fakt, iż Lider Konsorcjum bierze udział w ww. przetargu nieograniczonym wspólnie z Uczestnikiem Konsorcjum”. Jako uczestnik konsorcjum w oświadczeniu wskazana została spółka Becker-Warkop Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o oddalenie tego dowodu twierdząc, że data jego sporządzenia jednoznacznie wskazuje, że oświadczenie zostało złożone tylko na potrzeby postępowania odwoławczego. Izba uznała jednak, że w okolicznościach sprawy fakt ten nie ma żadnego znaczenia. Poza tym zdobycie tego rodzaju oświadczenia Gwaranta przez wykonawcę na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia byłoby bezcelowe w obliczu faktu, iż Zamawiający nie kwestionował skuteczności wadium Przystępującego Hydrotech.

W konsekwencji powyższego Izba uznała przedmiotowy dowód za wiarygodny. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że przytoczone wyżej oświadczenie Gwaranta jest nieprawdziwe. Zatem skoro Gwarant oświadczył, że miał świadomość, iż „Lider Konsorcjum bierze udział w ww. przetargu nieograniczonym wspólnie z Uczestnikiem Konsorcjum”, to Izba uznała za obalone przeciwne twierdzenie Odwołującego, stanowiące jeden z głównych filarów odwołania.

Skoro zatem Gwarant potwierdził ważność gwarancji wadium jako zabezpieczającej ofertę konsorcjum, a nie tylko jego lidera, to Izba uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego Hydrotech.

Co istotne – jedną z podstawowych tez odwołania było twierdzenie Odwołującego, że Gwarant prawdopodobnie odmówi wypłaty kwoty wadium na rzecz Zamawiającego w sytuacji, gdy uświadomi sobie, że gwarancją posłużyło się konsorcjum, a nie tylko spółka

Hydrotech S.A. Twierdzenia tego Odwołujący nie poparł jednak żadnym dowodem. W konsekwencji Izba uznała je za nieudowodnione.

Z powyższych względów zarzut nr 1 odwołania podlegał oddaleniu. Konsekwencją było również oddalenie zarzutu nr 2 – skoro oferta Przystępującego Hydrotech nie podlegała odrzuceniu jako wadliwie zabezpieczona wadium, to w zakresie zarzutów odwołania brak jest podstaw do stwierdzenia, że wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu był wadliwy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. Umowa Konsorcjum (Umowa Regulująca Współpracę Podmiotów Składających Wspólnie Ofertę) zawarta w Rybniku 29 grudnia 2020 r. pomiędzy Hydrotech S.A. oraz Becker-Warkop Sp. z o.o.,
2. Oświadczenie Banku Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna z 19 maja 2021 r.,
3. SIWZ,
4. Gwarancja wadialna nr BOFH21022891GP/K z 8 stycznia 2021 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....