

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Emilia Garbala
Joanna Gawdzik - Zawalska**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 18 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Nowoczesne Techniki Budownictwa WOLAR Sp. z o.o., Lokum Nieruchomości R. ., Biuro Projektów Budowlanych Format J. W., ul. St. Leszczyńskiego 4/29, 50-078 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miejska Głogów, ul. Rynek 10, 67-200 Głogów**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego
 - b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Gminę Miejską Głogów z siedzibą w Głogowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

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

Przewodnicząca:
.....
.....

UZASADNIENIE:

Gmina Miejska Głogów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Przebudowa budynku Kina Jubilat wraz z zagospodarowaniem terenu, w formule „zaprojektuj i wybuduj” w ramach realizacji zadania pn. „Kompleksowa przebudowa budynku Kina Jubilat na potrzeby infrastruktury społecznej – Miejskie Centrum Integracji w Głogowie”, znak sprawy: BZP 271.11.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00107641/01.

W postępowaniu tym wykonawca Konsorcjum firm: Nowoczesne Techniki Budownictwa WOLAR Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Lokum Nieruchomości R. B., Biuro Projektów Budowlanych Format J. W. (dalej: „Odwołujący”) 5 kwietnia 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie: odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący dokonał prawidłowego wniesienia wadium
- 2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, przez co uniemożliwił Odwołującemu złożenie oświadczenia poręczyciela potwierdzającego objęcie poręczeniem wadialnym wszystkich Partnerów Konsorcjum
- 3) art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- b) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł nadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący, jako Konsorcjum firm Nowoczesne Techniki Budownictwa WOLAR sp. z o.o., Lokum Nieruchomości R, B, i Biuro Projektów Budowlanych Format J. W., złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Jako formę wniesienia wadium Odwołujący wybrał poręczenie wadialne udzielone przez Dolnośląski Fundusz Gospodarczy sp. z o.o. we Wrocławiu. Była to jedna z form wniesienia wadium wskazanych przez Zamawiającego w Rozdziale IX SWZ, w którym to SWZ Zamawiający nie wskazał szczególnych wymagań w stosunku do wykonawców wspólnie wnoszących wadium.

W Rozdziale VI - Warunki udziału w postępowaniu, w ust. 6 dotyczącym złożenia oferty przez Konsorcjum także nie ma żadnych specyficznych wymagań dotyczących wniesienia przez Konsorcjum wadium, w szczególności Zamawiający nie wymagał, aby zabezpieczenie wadialne wskazywało wszystkich Partnerów Konsorcjum.

Odwołujący tytułem wadium, złożył oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium (02/23/W/REPO/02/a) z 16 marca 2023 r., wystawione przez Dolnośląski Fundusz Gospodarczy sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Poręczyciel”. Z treści złożonego dokumentu wynika, że Poręczyciel udziela solidarnego poręczenia za zobowiązanie Nowoczesne Techniki Budownictwa Wolar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Wykonawca”, wobec Gminy Miejskiej Głogów reprezentowanej przez Prezydenta Miasta Głogowa, dalej „Zamawiający”, do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Wykonawcę do postępowania o udzielenie zamówienia organizowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), w szczególności w art. 98 ust. 6.

Termin ważności poręczenia wskazano w § 3 ust. 3 przewidując, że poręczenie niniejsze jest terminowe i udzielone na okres do dnia 20.04.2023 r. Warunki wypłaty wadium opisano w § 4.

W dniu 31 marca 2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp, gdyż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, czym

naruszył przepisy ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że wadium w formie poręczenia obejmuje tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Nowoczesne Techniki Budownictwa WOLAR sp. z o.o.

Zamawiający naruszył także przepis art. 223 ust. 1 ustawy ponieważ pomimo swoich wątpliwości co do objęcia poręczeniem wadium wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie dał Odwołującemu możliwości wyjaśnienia wątpliwości czy choćby przedłożenia Zamawiającemu potwierdzenia w postaci oświadczenia poręczyciela, które to oświadczenie Odwołujący uzyskał i przedłożył Zamawiającemu, gdy tylko dowiedział się o odrzuceniu jego oferty.

Takim zaniechaniem Zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z 19.10.2021 r. w sprawie o sygn. KIO 2658/21, który dotyczy identycznego stanu faktycznego z identyczną treścią oświadczenia o udzieleniu poręczenia wydanego przez ten sam podmiot poręczający. W sprawie tej, podobnie jak w niniejszej, poręczenia za zobowiązania konsorcjum firm udzielił ten sam podmiot, tj. Dolnośląski Fundusz Gospodarczy sp. z o.o. we Wrocławiu, udzielając poręczenia o tożsamej treści i wskazując w treści poręczenia jedynie Lidera Konsorcjum.

Odwołujący w dalszej części uzasadnienia podnosił: w przedmiotowym stanie faktycznym Lider Konsorcjum był upoważniony do wystąpienia o poręczenie wadium, co wprost wynika z umowy konsorcjum zawartej przed datą udzielenia poręczenia. Partnerzy Konsorcjum w dniu 13 marca 2023 r. podpisali Umowę Konsorcjum, w której w § 2 ust. 5 postanowili, iż: „Lider wystąpi do odpowiedniej instytucji z wnioskiem o udzielenie poręczenia zapłaty wadium w formie poręczenia wadium lub gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej. Wadium wniesione zostanie w imieniu wszystkich członków konsorcjum.” Jednocześnie poręczyciel Dolnośląski Fundusz Gospodarczy sp. z o.o. złożył w dniu 4 kwietnia 2023 r. oświadczenie, załączone do niniejszego odwołania, o następującej treści: „1) Zważywszy, że Partnerzy Konsorcjum (tj. Lokum Nieruchomości R. B. i Biuro Projektów Budowlanych J. W.), którego Liderem jest Nowoczesne Techniki Budownictwa WOLAR sp. z o.o. nie są klientami Funduszu, oświadczenie Funduszu o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nr 02/23/W/REPO/02/a z dnia 16.03.2023 r. nie wskazywało danych Partnerów Konsorcjum. 2) Oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nr 02/23/W/REPO/02/a z dnia 16.03.2023 r. zabezpiecza solidarne zobowiązanie Lidera i Partnerów Konsorcjum do

wykonania obowiązków związanych ze złożeniem oferty i wniesienia wadium, w tym do zapłaty wadium, w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w treści Oświadczenia.”

Odwołujący przesłał powyższe oświadczenie Zamawiającemu w dniu 5.04.2023 r.

Jak wynika z załączonego oświadczenia, poręczyciel miał świadomość tego, iż zobowiązany z poręczenia bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z innymi podmiotami i w sytuacji, gdy podstawę żądania zapłaty wadium będzie stanowiła okoliczność leżąca po stronie jednego z członków konsorcjum, niewymienionego wprost w treści poręczenia to poręczyciel nie odmówi zapłaty wadium. Podkreślić należy, że poręczyciel, w dacie zawarcia umowy poręczenia nie był wprowadzany w błąd co do wykonawcy składającego ofertę, otrzymał wraz z wymaganymi dokumentami umowę konsorcjum zawartą przed datą udzielenia poręczenia i w żaden sposób nie był stawiany w sytuacji, w której miałby odpowiadać za dług powstały również na skutek działań lub zaniechań nieznanego (niezweryfikowanego) wykonawcy.

Jak wynika z przytoczonego powyżej wyroku KIO oraz oświadczenia poręczyciela, praktyką tego podmiotu (oraz wszystkich innych regionalnych funduszy poręczeniowych), tj. Dolnośląskiego Funduszu Gospodarczego jest udzielanie poręczenia ze wskazaniem jedynie Lidera Konsorcjum, co w opinii samego poręczyciela, w żaden sposób nie ogranicza ani nie wyłącza jego odpowiedzialności za zobowiązania wadialne całego Konsorcjum.

Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok: KIO z dnia 7 lutego 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 130/20; z dnia 3 marca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 361/20; z dnia 22 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3208/20; z dnia 9 lutego 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3493/20; z dnia 22 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3208/20; z dnia 24 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 818/20.

W ocenie Odwołującego, złożone poręczenie czyni zadość zarówno przepisom ustawy Pzp, postanowieniom SWZ, jak również daje Zamawiającemu możliwość bezwarunkowego wyegzekwowania kwoty wadium, a tym samym zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Konsorcjantów obciąża wspólne zobowiązanie do zawarcia umowy z zamawiającym, które także odpowiednio dotyczy wspólnego mienia konsorcjantów. Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, zasadnym jest przyjęcie solidarnej odpowiedzialności współkonsorcjantów za zawarcie umowy, a co za tym idzie, przyjęcie, że dokument wadium, w którym wymieniono wyłącznie jednego uczestnika konsorcjum, nie ma wpływu na obniżenie poziomu zabezpieczenia interesów zamawiającego. Jednak najważniejsze jest, że poręczyciel Dolnośląski Fundusz Gospodarczy sp. z o.o. potwierdził, iż jego oświadczenie o udzieleniu poręczenia wadialnego zabezpiecza solidarnie zobowiązanie Lidera i Partnerów

Konsorcjum do wykonania obowiązków związanych ze złożeniem oferty i wniesieniem wadium, w tym do zapłaty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w oświadczeniu.

W złożonej pismem z 17 kwietnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że swoje stanowisko opiera o najnowsze orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych - wyrok z dnia 24.05.2021 w sprawie XXIII Zs 31/21.

Zamawiający wskazał, że w przywołanym wyroku co prawda stan prawny oparty był na poprzedniej ustawie Pzp z 2004 i na art. 89 ust. 1 pkt 7b, oraz dotyczył zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej, jednakże interpretacja tych przepisów ma odpowiednie zastosowanie do niniejszej sprawy.

Zdaniem Zamawiającego interpretacja Sądu Zamówień Publicznych jest prawidłowa i zbieżna w poglądach do komentarza do ustawy Urzędu Zamówień Publicznych na str. 332. Obecnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 24.05.2021 jest nowszy, w porównaniu do powołanego przez odwołującego orzecznictwa, a nadto został wydany po reformie procedury przez wspólny na cały kraj Sąd Zamówień Publicznych.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że załączona dopiero na etapie odwołania umowa konsorcjum nie zmienia postaci rzeczy, bowiem nadal brak jest, zgodnie z par 2 ust 5 tej umowy potwierdzenia wystąpienia lidera konsorcjum do instytucji bankowej o udzielenie poręczenia zapłaty wadium na wszystkich jego członków oraz odpowiedniej zgody od poręczyciela. Z kolei w piśmie z dnia 4.04.2023r poręczyciela nie ma zawartego oświadczenia skutecznego o przyjęciu odpowiedzialności zabezpieczającej przez Fundusz wobec działań członków konsorcjum. Co więcej Fundusz w piśmie potwierdza, że nie wszyscy członkowie konsorcjum są jego kontrahentami, a tylko wówczas powstałby stosunek zobowiązaniowy z odpowiedzialnością funduszu. Poza tym co do ewentualnego rozciągnięcia odpowiedzialności zabezpieczającej Funduszu na innych członków konsorcjum w ramach odpowiedzialności solidarnej, to zamawiający kwestionuje taką możliwość i przytacza argumentację wyrażoną w wyżej przywołanym wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie.

W końcu zamawiający kwestionuje twierdzenie, że wcześniej poręczyciel – Fundusz mógł mieć świadomość solidarnej odpowiedzialności, skoro umowa konsorcjum pojawiła się też na

etapie odwołania. A nie ma dowodu, aby taką umowę poręczyciel otrzymał przed udzieleniem poręczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk wyrażonych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami;
2. dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium, oświadczenia poręczyciela z 4 kwietnia 2023 oraz umowy konsorcjum

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowym środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Te „inne” dokumenty i oświadczenia należy interpretować nie tylko jako związane z ofertą ale także szerzej. Niewątpliwie dokument wadium nie jest treścią oferty, ale można zaliczyć go do katalogu „innych składanych dokumentów”. Co za tym idzie, biorąc pod uwagę akcesoryjny charakter poręczenia, należy zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium.

Dotychczasowe stanowisko judykatury wskazujące na niemożność wezwania do złożenia wyjaśnień treści dokumentu wadium oparte była na starej ustawie Pzp. Zgodnie

z art. 87 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający mógł żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W przytoczonym przepisie nie było mowy o wyjaśnieniach „innych składanych dokumentów”. W związku z powyższym nie zasługuje na uwzględnienie dotychczasowe orzecznictwo wskazujące, że zamawiający nie może wezwać do złożenia wyjaśnień treści gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, w którym nie uwzględniano także odmiennego charakteru poręczenia od gwarancji.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień o którym mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, stanowi uprawnienie zamawiającego. Jednakże zamawiający dążąc do przestrzegania podstawowych zasad zamówień publicznych, mianowicie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty oraz inne dokumenty.

W związku z powyższym Izba uznała zarzut nr 2 za zasadny.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że przywołany w odpowiedzi na odwołanie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych ma odpowiednie zastosowanie do przedmiotowej sprawy. Przede wszystkim wskazany wyrok dotyczy gwarancji bankowej, która to jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i nieakcesoryjnym w relacji do stosunku podstawowego, z kolei poręczenie jest zobowiązaniem kauzalnym i akcesoryjnym.

Podstawowe cechy zobowiązania poręczyciela to z jednej strony jego odrębność a z drugiej akcesoryjność. Powyższe oznacza, że stosunek między poręczycielem a dłużnikiem – tzw. stosunek wewnętrzny – nie wpływa na zobowiązanie poręczyciela względem wierzyciela. O zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika głównego (art. 879 § 1 k.c.). W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (czyli lidera) jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum, która występuje już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem złożone poręczenie jest wiążące dla całego konsorcjum z uwagi na zakres odpowiedzialności dłużnika głównego, czyli lidera.

Akcesoryjność odróżnia poręczenie od innych zobowiązań pełniących podobną funkcję, a w szczególności od gwarancji, która jest w pełni samodzielnym i nieakcesoryjnym zobowiązaniem gwaranta do określonego w umowie gwarancyjnej świadczenia na rzecz beneficjenta gwarancji, w razie spełnienia się określonych w gwarancji przesłanek.

Opisując poręczenie warto również zwrócić uwagę, że udział dłużnika w zawieraniu umowy poręczenia nie jest wymagany. Poręczenie jest umową zawartą między wierzycielem a poręczycielem. Dłużnik może nie wiedzieć o ustanowieniu poręczenia.

W doktrynie wskazuje się, że skoro poręczyciel może zrzec się roszczenia subrogacyjnego, to może przyjąć na siebie ryzyko związane z brakiem zindywidualizowanego dłużnika w chwili zawarcia umowy poręczenia. Co za tym idzie brak jest normy prawnej nakazującej określenie tożsamości dłużnika. Już to pokazuje, że twierdzenie Zamawiającego dotyczące konieczności wskazania w poręczeniu wszystkich konsorcjantów nie zasługuje na aprobatę.

Przechodząc do przepisów ustawy Pzp warto zwrócić uwagę na art. 58 ust. 1 zgodnie z którym wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Z kolei ust. 5 wskazuje, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Bezsporną kwestią jest, że zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby na etapie złożenia oferty ich wspólne występowanie przybrało określoną formę prawną. Powszechną praktyką na rynku zamówień publicznych jest wspólne ubieganie się o zamówienie na podstawie umowy/porozumienia ustanawiającego konsorcjum. Konsorcjum nie jest odrębnym podmiotem prawnym. Ustawa Pzp nie definiuje, nie zna pojęcia „konsorcjum”. Pojęcie to używane jest w znaczeniu „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia”. Podkreślić należy, że jest to wyłącznie skrót myślowy a nie odrębna instytucja.

Ustawa Pzp stawia grupie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tylko dwa wymogi formalne, tj.: ustanowienie pełnomocnika i przekazanie kopii umowy regulującej współpracę (przy czym nie musi to być tzw. Konsorcjum).

Co istotne, według ugruntowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie traktowane są jak wykonawca. Przepisy ustawy Pzp nakazują traktować konsorcjum (czyli wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) jako jednolity podmiot, jednego wykonawcę (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie o sygn. KIO/UZP 176/10).

Idąc dalej, zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych

dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

- 2) wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Z uwagi na to, że podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie traktowane są jak wykonawca, ustawodawca m.in. w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp referuje do „wykonawcy” a nie wykonawców, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, członków konsorcjum, partnerów, współników itd.

W dokumencie wadialnym należy wskazać przesłanki wypłaty na rzecz zamawiającego wadium i przesłanki te są „kopiowane” z ustawy – dokładnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. A zatem całkowicie niezrozumiałe są zarzuty, że w poręczeniu wskazany jest „wykonawca” skoro sam przepis referuje właśnie do „wykonawcy” a nie wykonawców czy też partnerów.

Niezasadny jest również zarzut, że złożone oświadczenie poręczyciela definiuje jako wykonawcę Lidera Konsorcjum. Przede wszystkim stroną umowy poręczenia, zgodnie z art. 876 § 1 KC, jest Poręczyciel i Wierzyciel ewentualnie Dłużnik, a nie Poręczyciel i Wykonawca. W praktyce przyjęło się, że strony ustalają sobie – dobrowolnie, czasami wbrew nazewnictwu z kodeksu cywilnego – jak będą zwać się w dalszej części umowy. Nie zmienia to jednak faktu, że w umowie poręczenia stroną (zgodnie z kodeksem cywilnym) nie jest wykonawca. Wykonawcę definiuje ustawa Pzp i to przez jej pryzmat należy oceniać nazewnictwo wskazane przez strony.

A tak jak wspomniano powyżej podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia traktowane są jak jeden wykonawca.

Nie można tracić z pola widzenia, iż każdy z poręczycieli, czy też gwarantów posiada wzory poręczeń/gwarancji. Brak jest podstaw prawnych do wymuszenia na podmiotach trzecich zmiany tych wzorów.

Abstrahując od powyższego, skoro Zamawiający podnosi, że w treści oświadczenia wskazano jako „Wykonawca” Nowoczesne Techniki Budownictwa Wolar sp. z o.o. to nie sposób pominąć, że w formularzu oferty jako „wykonawca” widnieje właśnie Nowoczesne Techniki Budownictwa Wolar sp. z o.o. (str. 1 formularza ofertowego stanowiącego załącznik

nr 1 do SWZ). Dopiero na str. 2 jest informacja odnośnie „FORMY SKŁADANIA OFERTY”. Biorąc powyższe pod rozwagę stanowisko Zamawiającego jest całkowicie niezrozumiałe.

Dalej, zgodnie z art. 97 ust. 7 ustawy Pzp wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) gwarancjach bankowych;
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2020 r. poz. 299 oraz z 2022 r. poz. 807 i 1079).

Z kolei ust. 10 wskazuje, że jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Zamawiający w SWZ (rozdział IX str. 37) wskazał: Wadium wnoszone w poręczeniach lub gwarancjach należy załączyć do oferty w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu i powinno zawierać następujące elementy:

- nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta/poręczyciela oraz wskazanie ich siedzib. Beneficjentem wskazanym w gwarancji lub poręczeniu musi być Gmina Miejska Gogów.
- określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem,
- kwotę gwarancji/poręczenia,
- termin ważności gwarancji/poręczenia,
- zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji/poręczenia bezwarunkowo, na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, w sytuacjach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp

Biorąc powyższe pod rozwagę, zgodzić się należy z Odwołującym, że ani ustawa Pzp ani też postanowienia SWZ nie określają wymagań w zakresie wadium w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym określenie 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 konsorcjantów ziszcza się przesłanki z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, poręczyciel będzie

zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia wskazanej w dokumencie. Skład Izby w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 19 października 2021 w sprawie o sygn. akt KIO 2658/21.

Co równie istotne, dokumentacja postępowania nie zawiera stwierdzenia, że w sytuacji gdy o zamówienie publiczne będzie się ubiegało kilku wykonawców, wspólnie składających ofertę, wadium składane przez nich w postaci 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 winno spełniać dodatkowe wymagania, tj. że w poręczeniu niezbędne jest wymienienie wszystkich członków konsorcjum. Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia nie określono.

Spór dotyczący gwarancji bankowej czy też poręczenia istnieje od wielu lat. Trudno zrozumieć dlaczego ustawodawca nie zajął się tak istotnym tematem. Jeszcze trudniej zrozumieć, dlaczego zamawiający jest w stanie w SWZ wskazać 5 elementów niezbędnych, które muszą znaleźć się w gwarancji/poręczeniu i jednocześnie nie formułuje żadnych dodatkowych wymagań co do wadium wnoszonego przez tzw. konsorcjum firm.

Zamawiający obowiązany jest formułować swoje intencje w postępowaniu z poszanowaniem obowiązujących przepisów ale w taki sposób, aby jak najszerzej zabezpieczały jego interesy.

Kończąc, należy odnieść się do oświadczenia poręczyciela z 4 kwietnia 2023. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że jest to uzupełnienie oświadczenia, czy też zmiana oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium. Co do zasady powszechną praktyką jest zmiana umowy/gwarancji w formie aneksu. Z treści aneksu wynika co dokładnie zostało zmienione. W przedmiotowej sprawie aneks taki nie został zawarty a zatem pierwotne oświadczenie nie zostało zmienione.

Trudno również przyjąć, że Dolnośląski Fundusz Gospodarczy sp. z o.o. jest słabszą stroną umowy poręczenia i pod naciskiem lidera konsorcjum zmienia swoje oświadczenie. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że oświadczenie z 4 kwietnia 2023 jest autentyczną wykładnią treści oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium. Jest oświadczeniem wiedzy, a nie uzupełnieniem czy też zmianą pierwotnego oświadczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit.

b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wydając postanowienie o kosztach Izba miała na uwadze, że Odwołujący poniósł koszty z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10 000 zł 00 gr oraz z tytułu zastępstwa przed Izba w wysokości 3 600 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....