

Sygn. akt: KIO 607/21

**WYROK**

**z dnia 28 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Luiza Łamejko**  
**Anna Kuszel-Kowalczyk**  
**Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pros Poland Sp. z o.o., Al. Niepodległości 606-610, 81-855 Sopot i H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S., ul. 3 Maja 23/2, 81-747 Sopot w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **MELBUD S.A., ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie – Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Szczecinie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pros Poland Sp. z o.o. i H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S., oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pros Poland Sp. z o.o. i H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S.;

2. Kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pros Poland Sp. z o.o., Al. Niepodległości 606-610, 81-855 Sopot i H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S., ul. 3 Maja 23/2, 81-747 Sopot tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie – Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pros Poland Sp. z o.o., Al. Niepodległości 606-610, 81-855 Sopot i H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S., ul. 3 Maja 23/2, 81-747 Sopot kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlano-montażowych na zadaniu pn. „Modernizacja (przebudowa) stacji pomp Modła III”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 listopada 2020 r. pod numerem 614376-N-2020.

W dniu 24 lutego 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pros Poland Sp. z o.o. i H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 19 lutego 2021 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy, w sytuacji, gdy zostało ono wniesione zgodnie z wymaganiami przewidzianymi przez ustawę Pzp oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ w wyniku błędnego uznania przez Zamawiającego, że wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób nieprawidłowy;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania z uwagi na odrzucenie w toku postępowania oferty Odwołującego, który spełnił warunki udziału i wniósł wadium w sposób prawidłowy (a jednocześnie złożył najkorzystniejszą ofertę), w konsekwencji czego oferta Odwołującego winna zostać poddana punktacji w kryteriach selekcji.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu;

3. uznanie, że wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób prawidłowy;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że wraz z ofertą złożył wadium w formie zgodnej z treścią pkt 8.2.5. SIWZ, tj. w formie poręczenia zapłaty wadium Nr 32/W/2020/04/01/2021 z dnia 20 stycznia 2021 r. przez Pomorski Regionalny Fundusz Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego o nieprawidłowości wniesionego przez Odwołującego wadium stwierdzając, że stanowisku temu przeczy bogate orzecznictwo. Odwołujący przywołał także pismo z dnia 19 lutego 2021 r. Pomorskiego Regionalnego Funduszu Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o., w którym poręczyciel oświadcza, że poręczenie obejmuje także zobowiązania wykonawców występujących wspólnie, tj. konsorcjantów, czyli Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, złożone poręczenie czyniło zadość zarówno przepisom ustawy Pzp, postanowieniom SIWZ, jak również dawało Zamawiającemu możliwość bezwarunkowego wyegzekwowania kwoty wadium, a tym samym zostało wniesione w sposób prawidłowy. Jak wskazał Odwołujący, 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.

Opierając się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący wywiódł, że brak wskazania wszystkich członków konsorcjum w dokumencie gwarancji nie świadczy o braku wniesienia wadium, albowiem należy przyjąć, że dokument wadium wystawiony na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (jednego z konsorcjantów), nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji bankowej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających razem ofertę, spełnia wymogi ustawowe i nie stanowi powodu, dla którego należałoby uznać za nieskuteczne wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko judykatury, w którym wskazuje się, że „nie jest konieczne wymienienie w gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, który samodzielnie ustala warunki wpłaty wadium w SIWZ”. Odwołujący stoi na stanowisku, że skoro przyjmuje się, że członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie za

konsekwencje powstałe w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest możliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum, to tym samym gwarancja jest prawidłowa - cel wadium jest tym samym spełniony także w przypadku, gdy dokument wadialny jest wystawiony na jednego z członków konsorcjum.

Odwołujący przywołał także stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17 wskazując, że Sąd Najwyższy przyjął, że gwarancja wadialna wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi skuteczne zabezpieczenie złożonej oferty i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Jak zauważył Odwołujący, Sąd Najwyższy w ww. orzeczeniu uznał, że kluczowe znaczenie ma stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia otrzymanie wadium, 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. Zgodnie zatem z treścią art. 380 §1 Kodeksu Cywilnego należy uznać, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. Odwołujący podkreślił, że w przypadku niewykonania obowiązków wynikających z ustawy Pzp przez któregokolwiek z wykonawców, odpowiedzialność za taki stan ponosiliby także pozostali konsorcjanci, a w konsekwencji zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania wadium, nawet w przypadku, gdy bezpośrednią podstawą do jego zatrzymania były zaniechania wykonawcy, który nie został wymieniony bezpośrednio w treści dokumentu wadialnego.

Odwołujący stwierdził, że poręczenie złożone przez Odwołującego czyniło zadość wymogom przewidzianym dla wadium w ustawie Pzp oraz w SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w żadnym z punktów SIWZ nie wskazał, że w przypadku składania wadium dokument wadialny musi być wystawiony na każdego z członków konsorcjum, podczas gdy w treści pkt. 11 SIWZ wskazuje, które warunki muszą być spełnione wspólnie przez konsorcjantów. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do wyciągania negatywnych konsekwencji względem Odwołującego z przepisów, które nie nakładają na konsorcjum określonych obowiązków. Zdaniem Odwołującego, wadium złożone przez Odwołującego spełniało w pełni cel, dla którego zostało ustanowione, albowiem jako oczywistą należy przyjąć solidarną odpowiedzialność konsorcjantów za zobowiązania obciążające ich w postępowaniu. Odwołujący podał, że poręczenie jako dokument wadium, w którym wymieniono wyłącznie jednego uczestnika konsorcjum, nie ma wpływu na obniżenie poziomu zabezpieczenia interesów Zamawiającego, nie zachodzi zatem także podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że wadium jest

wniesione w sposób nieprawidłowy w przypadku braku zachowania wymaganej przepisami i SIWZ formy lub z pominięciem w treści dokumentu wadialnego jednej z przesłanek pozwalających na zatrzymanie wadium w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że w przedmiotowej sprawie poręczenie Odwołującego zarówno zostało wniesione z zachowaniem przewidzianej przepisami ustawy Pzp i SIWZ formy, jak również bez pominięcia którejkolwiek z przesłanek pozwalających na zatrzymanie wadium w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, w związku z czym oczywistym staje się, zdaniem Odwołującego, że wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób prawidłowy.

Odwołujący podniósł, że zachowanie Zamawiającego narusza także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji brak uwzględnienia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, oznacza czynność Zamawiającego niezgodną z przepisami ustawy Pzp, naruszającą interes Odwołującego oraz narażającą Odwołującego na szkodę. Jak podał Odwołujący, dokonując wyboru oferty złożonej przez Melbud S.A. z ceną ofertową 9.781.315,33 zł Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący złożył bowiem ofertę opiewającą na łączną cenę brutto w wysokości 8.899.999,56 zł, a tym samym ofertę tańszą o 881.315,77 zł od oferty wybranego przez Zamawiającego oferenta. Z uwagi na powyższe, Odwołujący uznał, że Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, a jedynie Zamawiający dokonał wyboru oferty rzekomo najkorzystniejszej. Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i zawierała elementy powodujące, że była ona ofertą najkorzystniejszą w świetle art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował ponadto, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego naruszyło zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez fakt uniemożliwienia przez Zamawiającego uwzględnienia oferty Odwołującego, będącej jednocześnie najkorzystniejszą i najbardziej konkurencyjną spośród wszystkich ofert złożonych przez wszystkich oferentów.

W aspekcie czynu nieuczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, że wybrana przez Zamawiającego oferta firmy Melbud S.A. w rzeczywistości zawiera rozwiązanie niezgodne z przepisami prawa. Odwołujący wskazał, że firma Melbud S.A. zadeklarowała współpracę z kierownikiem budowy na podstawie umowy o dzieło, zaś zgodnie z ogólnie przyjętym i akceptowanym stanowiskiem doktryny i judykatury, prace wykonywane przez kierownika budowy nie stanowią dzieła, gdyż w rzeczywistości kierownik budowy świadczy usługi, a tym samym

zobowiązuje się do starannego działania w wykonywaniu powierzonych kierownikowi czynności. Odwołujący podkreślił też, że rozwiązanie polegające na zawieraniu umów o dzieło najczęściej stosowane jest celem uzyskiwania przez zamawiającego z umowy o dzieło odpowiednich korzyści podatkowych, które w konsekwencji przekładają się na kreowanie nieuczciwej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi oferentami. Zdaniem Odwołującego, ww. fakt powinien być zostać zauważony przez Zamawiającego i stosownie wyjaśniony przez Melbud S.A. Odwołujący stwierdził, że poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz fakt nieuwzględnienia przez Zamawiającego faktu zatrudnienia przez Melbud S.A. kierownika budowy na podstawie umowy o dzieło Zamawiający dopuścił się czynności niezgodnej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo, Odwołujący zwrócił uwagę na fakt naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp traktujących o konieczności bezzwłocznego poinformowania o odrzuceniu oferty. Jak wskazał Odwołujący, z dokumentów postępowania wynika, że Zamawiający dokonał pozytywnej oceny oferty Melbud S.A. bez bezzwłocznego przekazania informacji do Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W ocenie Odwołującego, takie postępowanie Zamawiającego należy traktować jako czynność naruszającą przepisy ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca MELBUD S.A.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał dokonane czynności i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie, że twierdzenia zawarte na stronie 10 i 11 odwołania dotyczące podstawy dysponowania przez MELBUD S.A. kierownikiem budowy, jak również naruszenia przepisów traktujących o konieczności bezzwłocznego poinformowania o odrzuceniu oferty zostały podane informacyjnie, nie stanowią zarzutów odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, treścią oferty złożonej przez Odwołującego, w tym z treścią oświadczenia Pomorskiego Regionalnego Funduszu Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Nr 32/W/2020/04/01/2021 z dnia 20 stycznia 2021 r. złożonego jako wadium w przedmiotowym postępowaniu, po zapoznaniu się z treścią pisma Pomorskiego**

**Regionalnego Funduszu Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. z dnia 19 lutego 2021 r., z treścią odwołania oraz pism złożonych przez strony i uczestnika postępowania, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że wymagania Zamawiającego dotyczące wadium zostały opisane w pkt 8 SIWZ. W pkt 8.2 Zamawiający określił, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

„8.2.1 pieniądzu;

8.2.2. poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;

8.2.3 gwarancjach bankowych;

8.2.4 gwarancjach ubezpieczeniowych;

8.2.5 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.”.

Zgodnie z pkt 8.3 SIWZ, dokument potwierdzający wniesienie wadium w jednej z form wymienionych w pkt 8.2.2-8.2.5 SIWZ musi być załączony do oferty w formie oryginału. Złożone poręczenie lub gwarancja muszą odzwierciedlać w swojej treści zobowiązanie zgodne z art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp (pkt 8.7 SIWZ).



Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący zabezpieczył złożoną ofertę wadium w postaci poręczenia udzielonego przez Pomorski Regionalny Fundusz Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. Nr 32/W/2020/04/01/2021 z dnia 20 stycznia 2021 r. W treści ww. poręczenia został wskazany zarówno Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, jak też zidentyfikowane zostało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy zobowiązanie do zapłaty wadium. Dalej poręczyciel podał, że „zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Zamawiającemu każdej kwoty do wysokości 100.000,00 zł (słownie: sto tysięcy 00/100 złotych) na pierwsze pisemne żądanie zapłaty Zamawiającego, właściwie podpisane, zawierające pisemne oświadczenie Zamawiającego, że zaszło przynajmniej jedno ze zdarzeń, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj.: 1) wykonawca (Zobowiązany) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29 stycznia 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 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej, 2) jeżeli wykonawca (Zobowiązany), 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, c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (Zobowiązanego).”.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył także Zamawiającemu Umowę konsorcjum zawartą 18 stycznia 2021 r. pomiędzy Pros Poland Sp. z o.o. a Zakładem Projektowym „H-BUD” H. S., na mocy której ww. podmioty powołują konsorcjum w celu wspólnej realizacji przedsięwzięcia pn. „Wykonanie robót budowlano-montażowych na zadaniu pn. „Modernizacja (przebudowa) stacji pomp Modła III” (§ 1 Umowy konsorcjum). Liderem konsorcjum ustanowiono Pros Poland Sp. z o.o. (§ 2 Umowy konsorcjum). W § 3 Umowy konsorcjum Partner - Zakład Projektowy „H-BUD” H. S. zobowiązany został do wniesienia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z wymogami SIWZ. Strony ww. umowy umówiły się, że każda ze Stron ponosi pełną odpowiedzialność za wykonanie zadań związanych z realizacją przedmiotu umowy (§ 5 Umowy konsorcjum). Ponadto, Strony ustaliły solidarną odpowiedzialność Stron wobec Zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy zawartej z Zamawiającym (§ 6 Umowy konsorcjum).

W dniu 19 lutego 2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na nieprawidłowość złożonego wadium jako wystawionego na jednego z członków konsorcjum.

## **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba stwierdziła, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie jest fakt, że w treści dokumentu poręczenia jako podmiot zobowiązany został wskazany H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S., co zostało uznane przez Zamawiającego za niewystarczające do stwierdzenia, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Rozpoznając przedmiotowy spór Izba wzięła pod uwagę stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w sprawie IV CSK 86/17, zakończonej wyrokiem z 15 lutego 2018 r. Ww. orzeczenie dotyczyło treści gwarancji ubezpieczeniowej, jednak tezy w nim przytoczone pozostają aktualne w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Sąd Najwyższy w powołanym wyroku stwierdził, że „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. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków – ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych – nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. 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 (...) Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z 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 p.z.p., decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 p.z.p.). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji,

jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji – a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty. W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne.”.

Odnosząc argumentację przedstawioną powyżej do okoliczności przedmiotowej sprawy Izba uznała, że wadium zostało wniesione przez Odwołującego w sposób prawidłowy, spełnia wymagania ustawowe i zabezpiecza interes Zamawiającego.

Izba zważyła, że na mocy § 3 Umowy konsorcjum z dnia 18 stycznia 2021 r., zawartej przed datą pozyskania spornego poręczenia, Partner – H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S. w ramach podziału obowiązków został zobowiązany do wniesienia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z wymogami SIWZ. Izba miała także na względzie okoliczność, że wykonawcy Pros Poland Sp. z o.o. i H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPW „H-BUD” H. S. ubiegają się o przedmiotowe zamówienie wspólnie, złożyli wspólną ofertę, a żaden z nich nie występuje w postępowaniu osobno. Co za tym idzie, bez wątplenia uznać należy, że obowiązki obu ww. wykonawców są wspólne, a ich częściowa realizacja przez jednego z konsorcjantów nie ma dla Zamawiającego żadnej wartości. Wobec powyższego, za Sądem Najwyższym Izba uznała, że zgodnie z art. 380 § 1 k.c., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie obowiązków związanych ze złożeniem oferty i wniesieniem wadium. Przy ocenie prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Izba wzięła także pod uwagę okoliczność, że Zamawiający formułując w treści SIWZ wymagania co do ofert wspólnych składanych przez dwóch lub więcej wykonawców (pkt 11 SIWZ), nie sformułował takich wymagań w zakresie wadium. W szczególności, w SIWZ nie określono, że w tego rodzaju dokumentach konieczne jest wymienienie wszystkich wykonawców, którzy ubiegają się wspólnie o zamówienie publiczne. Do określenia takich wymagań zobowiązuje Zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp również nie wprowadzają wymagania, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób,

w tym aby w treści wadium składanego w formie innej niż pieniężna wymienione były wszystkie podmioty tworzące konsorcjum. Przeciwnie, w świetle art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy.

Za dopuszczalny środek dowodowy w przedmiotowej sprawie Izba uznała pismo Pomorskiego Regionalnego Funduszu Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. z dnia 19 lutego 2021 r. załączone do odwołania i przekazane wcześniej Zamawiającemu przez Odwołującego, w którym podmiot ten oświadcza, że poręczenie obejmuje także zobowiązania wykonawców występujących wspólnie. Wskazać należy, że strony postępowania odwoławczego mają prawo składać dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy (art. 535 nPzp). Izba zaś ocenia wiarygodność i moc dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 nPzp). Zdaniem Izby, nie istnieją żadne powody ku temu, aby odmówić mocy dowodowej i wiarygodności złożonemu przez Odwołującego oświadczeniu poręczyciela z 19 lutego 2021 r. Dokument ten Zamawiający otrzymał wprawdzie po dokonaniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jednak jego treść mogła wpłynąć na czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania odwoławczego.

W konkluzji stwierdzić należy, że wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego, wykonawcy, który złożył ofertę, niezależnie od tego, po stronie którego z dwóch podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, poręczyciel będzie zobowiązany do wypłaty kwoty uwidocznionej w dokumencie poręczenia. Działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia i ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń (art. 23 ustawy Pzp). W konsekwencji, Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia).

Izba nie zasądziła na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa prawnego, jako że zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia wysokość kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika powinna zostać określona na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy. Odwołujący stosownego rachunku do zamknięcia rozprawy nie złożył.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....