

WYROK
z dnia 22 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2020 r. przez Odwołującego - Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Usługi finansowe i bankowe dla MPK – Łódź Spółka z o.o. w trybie dialogu konkurencyjnego”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 marca 2020 r. pod nr 2019/S 167-409751.

W dniu 17 grudnia 2020r. Odwołujący – Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Odwołującego została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący został zaproszony do składania ofert, samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu, zaś złożenie przez niego oferty w żaden sposób nie wiązało się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych wykonawców w sposób sprzeczny z przepisami Pzp,

2) art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. art. 6 kodeksu cywilnego (dalej: „k.c.”) poprzez zaniechanie poinformowania o powodach odrzucenia oferty Odwołującego w prawidłowy sposób, w tym poprzez brak należytego uzasadnienia tej decyzji w sytuacji samodzielnego wykazania spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, jak i uzasadnienia, w jaki sposób samodzielne złożenie oferty przez niego naruszyło przepisy Pzp, w tym w sposób sprzeczny z przepisami wiązało się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych wykonawców;

3) art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez błędne unieważnienie postępowania w wyniku uznania, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy cena niepodlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego nie przekraczała tej kwoty;

4) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, podczas gdy należało ją uznać za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu;

6) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez uznanie, że niedopuszczalne jest złożenie oferty przez Odwołującego w sytuacji, gdy samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto, z ostrożności i na wypadek, gdyby Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego wywodził, że złożenie oferty przez Odwołującego wzbudziło jego wątpliwości, w tym zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu samodzielnie przez Odwołującego, zarzucił również naruszenie:

5) art. 26 ust. 3 i 4 oraz 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści:

a. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu przez Odwołującego, a także

b. oferty, tj. przyczyn złożenia oferty bez udziału DNB, wspólnie z którym Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu,

– w przypadku powzięcia wątpliwości co do samodzielnego złożenia oferty przez PKO BP oraz samodzielnego spełniania przez niego warunków udziału w Postępowaniu.

W związku z tak przedstawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP:

1. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że postępowanie jest prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego. Zgodnie z treścią ogłoszenia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełnili następujące warunki udziału w postępowaniu:

- 1) posiadają zezwolenie na prowadzenie działalności bankowej na terenie RP;
- 2) wykazali, że ich wskaźnik kapitałowy (Total Capital Ratio – TCR) skalkulowany na podstawie przepisów określonych w pkt. III.1.2) ppkt 1 ogłoszenia na koniec 2018 r. wyniósł 13,5% lub więcej – zaś w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia co najmniej jeden z nich powinien wykazać osiągnięcie wskaźnika TCR na poziomie nie niższym niż 13,5% (pkt III.1.2) ppkt 2 ogłoszenia).

Odwołujący wyjaśnił, że działając jako lider konsorcjum, w październiku 2019 r. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wspólnie z drugim wykonawcą, tj. DNB, pomimo, że każdy z członków konsorcjum samodzielnie spełniał ww. warunki udziału w postępowaniu, tzn. każdy z nich wykazał posiadanie zezwolenia na prowadzenie działalności bankowej oraz osiągnięcie wymaganego parametru finansowego, tj. łącznego współczynnika kapitałowego na koniec 2018 r. w wysokości co najmniej 13,5%, co zostało potwierdzone

treścią sprawozdań finansowych każdego z wykonawców za ten rok wraz z opinią biegłego rewidenta.

Podkreślił, że dokumenty odnoszące się do sytuacji ekonomicznej i finansowej Odwołującego jednoznacznie potwierdzały samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu zarówno przez Odwołującego, jak i przez konsorcjum utworzone przez Odwołującego i DNB w zakresie wskaźnika TCR – zgodnie ze złożonym sprawozdaniem finansowym na koniec 2018 r. łączny współczynnik kapitałowy PKO BP wyniósł 21,33%. Mimo to do wniosku dodatkowo załączono również sprawozdanie finansowe DNB.

Wyjaśnił, że Zamawiający poinformował w dniu 20 grudnia 2019 r., że konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, a następnie przekazał zaproszenie do negocjacji w ramach dialogu konkurencyjnego, które trwały do 28 kwietnia br. Po ich zakończeniu, w dniu 23 czerwca br., Odwołujący otrzymał zaproszenie do składania ofert wraz z SIWZ i pozostałymi dokumentami. Postępowanie trwało blisko rok od momentu złożenia wniosków o dopuszczenie do postępowania do momentu złożenia ofert w odpowiedzi na zaproszenie: zostało wszczęte w sierpniu 2019 r., termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał w październiku 2019 r., zaś termin składania ofert – rok później, tj. w październiku 2020 r. W tym czasie otoczenia prawnobiznesowe w Polsce i na świecie uległo istotnym przeobrażeniom. Bezspornie zmieniły się okoliczności, w których Odwołujący i DNB – niezależnie od siebie – uzyskiwały wewnętrzne zgody korporacyjne na złożenie wspólnej oferty w Postępowaniu. DNB nie uzyskał stosownych zgód korporacyjnych na złożenie oferty w postępowaniu, o czym poinformował niezwłocznie Odwołującego. Dlatego w dniu 26 października br. Odwołujący złożył ofertę w imieniu własnym, wskazując, że samodzielnie spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, posiada stosowne zgody korporacyjne, zaś brak zgody DNB na złożenie wspólnej oferty jest niezależny od Odwołującego. Odwołujący wskazał ponadto, że przejmuje odpowiedzialność za realizację wszystkich zobowiązań objętych przedmiotem umowy, z zastrzeżeniem prawa do powierzenia podwykonawcy wybranej części zamówienia objętego Postępowaniem. Podkreślił ponadto, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia oferty w jakimkolwiek zakresie, natomiast w dniu 7 grudnia br. poinformował o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał jedynie, że skutek wystąpienia jednego z uczestników konsorcjum dochodzi do niedopuszczalnej zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy, co oznacza, że złożenie oferty tylko przez jednego członka konsorcjum jest niedopuszczalne. Zamawiający nie odniósł się jednak w żaden sposób do kwestii samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego ani wpływu złożenia oferty bez udziału DNB na konkurencyjność postępowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zupełnie błędnie ocenił, że oferta Odwołującego została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do udziału w postępowaniu. Podkreślił, że stanowisko to jest niezgodne z obowiązującymi przepisami odnośnie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym z ich wykładnią przyjętą w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. Wyjaśnił, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą posiadającym wystarczające kompetencje i zdolności niezbędne do jej wykonania. W tym celu Zamawiający powinien sformułować warunki udziału w postępowaniu zapewniające, że o zamówienie będą ubiegać się wyłącznie wykonawcy dający rękojmię należytego wykonania umowy. W odpowiedzi wykonawcy nieraz zmuszeni są „łączyć” posiadany potencjał, aby wspólnie wykazać spełnianie warunków. Bardzo często jednak decyzja o wspólnym ubieganiu się o zamówienie jest decyzją biznesową, wynikającą z przyjętego modelu wspólnej realizacji zamówień, podziału obowiązków i ryzyk, jak i innych czynników, przemawiających za wspólnym złożeniem oferty, mimo że każdy z wykonawców mógłby samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Powyższe działanie jest powszechnie spotykane w przypadku usług finansowych, takich jak objęte przedmiotem zamówienia udzielanego w ramach Postępowania. Potwierdza to chociażby udział w Postępowaniu konsorcjum ING Bank Śląski S.A. oraz Banku Gospodarstwa Krajowego. Również sam Zamawiający miał świadomość tych uwarunkowań i najpewniej z tego powodu dopuścił określenie w ofercie podziału obowiązków w zakresie realizacji instrumentów finansowych określonych w OPZ pomiędzy członkami konsorcjum. Odwołujący wskazał, że pomimo tego, że on i DNB samodzielnie spełniali warunki udziału w postępowaniu, lecz z uwagi na przyjętą koncepcję realizacji zamówienia zdecydowali się wspólnie złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Potwierdzają to jednoznacznie dokumenty złożone wraz z wnioskiem, z których wynikało, że zarówno Odwołujący, jak i DNB posiadają zezwolenie na prowadzenie działalności bankowej, jak i w wymaganym okresie w ramach wykonywanej działalności osiągnęli wskaźnik TCR na poziomie nie niższym niż 13,5%. Dlatego też jest bezsporne, że Odwołujący mógł samodzielnie ubiegać się o zamówienie, zaś decyzja o wspólnym udziale w postępowaniu wraz z DNB wynikała jedynie z przyjętego przez konsorcjantów porozumienia co do sposobu realizowania umowy, w tym podziału obowiązków. Jednakże w sytuacji, gdy Odwołujący samodzielnie spełniał wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, to w żadnym wypadku nie powinny go obciążać negatywne konsekwencje rezygnacji partnera ze wspólnego złożenia oferty. Dopuszczalność samodzielnego złożenia oferty przez członka konsorcjum (przy spełnieniu określonych przesłanek) jednoznacznie potwierdził Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14: „zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art.

51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzą w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.” Trybunał jednoznacznie zatem potwierdził, że w procedurze wieloetapowej dopuszczalna jest zmiana podmiotowa po stronie konsorcjum, w wyniku której ofertę złoży tylko jeden wykonawca – pod warunkiem, że:

- 1) wykonawca samodzielnie wykaże spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także
- 2) takie działanie nie ograniczy konkurencyjności postępowania, w tym nie wpłynie niezasadnie na sytuację innych wykonawców.

Według Odwołującego, w przywołanym wyroku słusznie wywiedziono, że zasada, zgodnie z którą zakwalifikowany oferent oraz oferent, który składa ofertę, powinni być tożsami, nie ma charakteru bezwzględny. Zdaniem Trybunału dopuszczalne są od niej wyjątki, o ile tylko pozostają zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców. Jeszcze przed wydaniem ww. orzeczenia analogiczne stanowisko zostało zaprezentowane w opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej m.in. kwestii upadłości konsorcjanta w trakcie postępowania. Zdaniem UZP: „ogłoszenie upadłości członka konsorcjum przed złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jednocześnie po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie wpływa na możliwość skutecznego złożenia oferty, jeżeli konsorcjum wykluczy ze swojego składu upadłego, chyba że wyłączenie upadłego członka z konsorcjum spowoduje, że podmiot ten nie będzie spełniał warunków udziału w postępowaniu.” Również w literaturze wskazuje się, że jeżeli w postępowaniu wieloetapowym do składania ofert zostało zaproszone konsorcjum, to w uzasadnionych przypadkach dopuszczalne będzie złożenie oferty tylko przez jednego członka konsorcjum, o ile samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W postępowaniu nie bez znaczenia jest również treść wyjaśnień SIWZ, w których Zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość podziału w ofercie obowiązków pomiędzy wykonawcami. Dla Odwołującego była to jednoznaczna sugestia, że skoro w ofercie każdy z wykonawców może zobowiązać się tylko do realizacji części zamówienia (o ile łącznie zadeklarują realizację całości), to tym samym każdy z nich może zobowiązać się do wykonania zamówienia w pełnym zakresie. Skoro zatem sam Zamawiający w wyjaśnieniach i treści SIWZ (zmienionej w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 79) odszedł od zasady solidarnej odpowiedzialności

wszystkich członków konsorcjum za realizację wszelkich zobowiązań wynikających z zawartej umowy, to tym samym dopuścił sytuację, w której poszczególni członkowie konsorcjum złożą samodzielne oferty. Tak też stwierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedziach na pytania nr 79 i 193 zrozumiał Odwołujący, czemu dał wyraz w pkt. 5 oświadczenia załączonego do oferty.

Odwołujący stwierdził następnie, że z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że jej złożenie wyłącznie przez PKO BP oznacza, iż doszło do zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy, a w konsekwencji oferta została złożona przez podmiot niezaproszony do drugiego etapu postępowania. Takie stanowisko – w przypadku, gdy Odwołujący samodzielnie spełniał warunki udziału w Postępowaniu – jest jednak niedopuszczalne, skutkujące błędnym zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Odwołujący podkreślił, że w praktyce zamówień publicznych z art. 23 ust. 3 Pzp wynika również, że zarówno konsorcjum, jak i każdy z jego członków z osobna powinni być traktowani jak wykonawca. Natomiast norma wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy niezaproszonego do jej złożenia, tj. wykonawcy, który w ogóle nie podlegał prekwalfikacji. Z powyższym koresponduje również przywołana w pkt 2.10 opinia UZP, w której wyraźnie stwierdzono, że „w przypadku, gdy dany podmiot – występujący jako indywidualny wykonawca, czy jako zespół wykonawców działających w formie konsorcjum, spełnia warunki udziału w postępowaniu (i ewentualnie zajmuje określoną pozycję w rankingu), winien być przez zamawiającego zaproszony do złożenia oferty. Z powyższego wynika więc, że oferty takiej nie może złożyć podmiot, który nie brał udziału w pierwszym etapie, bowiem zamawiający nie dokonał oceny jego podmiotowej kwalifikacji do realizacji określonego zamówienia publicznego. Wyklucza to możliwość rozszerzenia składu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po etapie prekwalfikacji. Analogicznego zakazu nie można jednak wywieść w odniesieniu do sytuacji, w której dochodzi do ograniczenia kręgu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w II fazie postępowania dwuetapowego”. Dlatego bezsporne jest, że oferty nie może złożyć wykonawca, który nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co wynika zarówno z literalnego brzmienia przywołanego przepisu, jak i wykładni systemowej – chodzi bowiem o to, aby oferty nie złożył podmiot niezweryfikowany pod kątem podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odmienne natomiast należało ocenić złożenie oferty przez Odwołującego, który samodzielnie wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a ponadto nie miał wpływu na rezygnację ze złożenia oferty przez drugiego konsorcjanta. W tym przypadku nie doszło do naruszenia przepisów związanych z prekwalfikacją, bowiem skutek wyboru oferty Odwołującego zamówienie otrzymałby wykonawca zakwalifikowany do kolejnego etapu Postępowania, spełniający wszystkie

wymagania określone w ogłoszeniu i tym samym zdolny (samodzielnie) zrealizować zamówienie. Ponadto takie działanie w żaden sposób nie naruszyło zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – pozostali zaproszeni wykonawcy mogli złożyć oferty i z tej możliwości skorzystali. Złożenie oferty samodzielnie przez Odwołującego w żadnym razie nie naruszyło uprawnień innych wykonawców ani też w sposób niezgodny z tymi przepisami nie osłabiło ich możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący stwierdził ponadto, że w uzasadnieniu czynności Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2020r. zabrakło odniesienia się do kwestii, dlaczego Odwołujący – pomimo samodzielnego wykazania spełnienia wszystkich warunków udziału w Postępowaniu – nie mógł zdaniem Zamawiającego złożyć oferty bez udziału DNB. Zamawiający wbrew wytycznym wynikającym z przywołanego wyroku TSUE nie wykazał również, w jaki sposób takie działanie naruszyło konkurencyjność postępowania, w tym niezasadnie osłabiło szanse innych wykonawców na uzyskanie zamówienia. Gdyby zaś Zamawiający przeprowadził taką analizę w prawidłowy sposób, to uznałby, że nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 stycznia 2021r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania i zaistniałego stanu faktycznego wyjaśnił, że uznał, iż oferta złożona przez Odwołującego - została złożona tylko przez jeden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, które ubiegało się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. W ocenie Zamawiającego - zmiana po stronie Wykonawcy polegająca na tym, że z konsorcjum wystąpi jeden z uczestników jest niedopuszczalną na gruncie Pzp zmianą podmiotową po stronie wykonawcy.

Zamawiający wskazał, iż cytowane przez Odwołującego w treści odwołania orzecznictwo dotyczy zmiany składu konsorcjum w przypadku upadłości/ likwidacji jednego z podmiotów gospodarczych wchodzących w skład konsorcjum, a zatem z okolicznością, która nie jest częstokroć zależna od woli podmiotów uczestniczących w konsorcjum. Również Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 24 maja 2016 r., C-396/14 dopuścił możliwość dalszego udziału w postępowaniu jednego z dwóch Wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, jeżeli zaszła uzasadniona przyczyna zmiany składu konsorcjum, a za taką przyjmuje się ogłoszenie upadłości przez jednego z konsorcjantów. Natomiast z treści złożonej oferty przez Odwołującego nie wynika, iż zachodzą przesłanki uniemożliwiające złożenie oferty przez konsorcjum w pełnym składzie, które można by uznać za prawnie uzasadnione, a w szczególności nie zostały przedstawione dowody, z których wynikałby fakt ogłoszenia upadłości czy likwidacji drugiego z członków konsorcjum, w którym brał udział Odwołujący.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 16 października 2020r. złożonego przez Odwołującego łącznie z DNB jako konsorcjum, treści pisma Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2019r. potwierdzającego spełnienie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, treści zaproszenia Konsorcjum z dnia 23 czerwca 2020r. do składania oferty, treści oświadczenia Odwołującego z dnia 23 października 2020r. oraz z treści oferty, a także z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 7 grudnia 2020r.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu, adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Kwestią sporną wymagającą rozstrzygnięcia Izby jest okoliczność, czy Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp stwierdzając, że „W toku prowadzenia postępowania Zamawiający, po dokonaniu badania wniosku, uznał iż został on złożony poprawnie, i w konsekwencji zaprosił Wykonawcę - konsorcjum w składzie: Powszechna Kasa Oszczędnościowa Bank Polski SA, z siedzibą przy ul. Puławskiej 15, 02-515 Warszawa (LIDER) oraz DNB Bank Polska SA, z siedzibą przy ul. Postępu 15C, 02-676 Warszawa (PARTNER), do udziału w dialogu, który odbył się w dniu 9 stycznia 2020 r., w siedzibie Zamawiającego przy udziale przedstawicieli obydwu banków (konsorcjantów). W kolejnym etapie Zamawiający w dniu 23 czerwca 2020 r. zaprosił, zgodnie z art. 60e ust. 3 Pzp, wszystkich Wykonawców uczestniczących w dialogu do złożenia oferty i jednocześnie przekazał Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający w dniu 26 października 2020 r. otrzymał ofertę nr 2 od Powszechnej Kasy Oszczędnościowej Bank Polski SA z siedzibą przy ul. Puławskiej 15, 02-515 Warszawa. Jednocześnie do oferty załączono oświadczenie złożone przez Powszechna Kasa Oszczędnościowa Bank Polski SA, informujące, iż „w dalszym toku Postępowania PKO Bank Polski nie występuje w Konsorcjum z DNB Bank Polska”. W ofercie znajdowało się również oświadczenie o treści: „DNB Bank Polska nie uzyskał wymaganych zgód korporacyjnych do złożenia wiążącej oferty w „Postępowaniu”.

W związku z zaistniałą sytuacją należy uznać, iż oferta nr 2 została złożona tylko przez jeden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, które ubiegało się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu.

Zmiana po stronie Wykonawcy polegająca na tym, że z konsorcjum wstąpi jeden z uczestników jest niedopuszczalną na gruncie Pzp. zmianą podmiotową po stronie Wykonawcy.”

Odwołujący twierdził, że Zamawiający całkowicie niezasadnie ocenił, że jego oferta została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do udziału w postępowaniu, ponadto wskazywał, że pomimo wystąpienia z konsorcjum wykonawcy DNB samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, dlatego mógł samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Zamawiający w przedmiotowym stanie naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że dopuszczalność zmian konsorcjum polegających na ograniczeniu jego składu ma charakter wyjątkowy. Oceniając konkretne zmiany należy kierować się wytycznymi wpływającymi z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14, w którym Trybunał wskazał, że zasadą jest konieczność zachowania prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie danego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak dopuścił on możliwość złagodzenia tego wymogu w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji. W dalszej części orzeczenia Trybunał – odnosząc się już wprost do możliwości udziału w postępowaniu byłego członka konsorcjum jako samodzielnego wykonawcy, stwierdził, że: „zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że

wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów”.

Również podkreślić należy, że w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na realizację umowy zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych” wskazano, że: „w przypadku, gdy dany podmiot – występujący jako indywidualny wykonawca, czy jako zespół wykonawców działających w formie konsorcjum, spełnia warunki udziału w postępowaniu (i ewentualnie zajmuje określoną pozycję w rankingu), winien być przez zamawiającego zaproszony do złożenia oferty. Z powyższego wynika więc, że oferty takiej nie może złożyć podmiot, który nie brał udziału w pierwszym etapie, bowiem zamawiający nie dokonał oceny jego podmiotowej kwalifikacji do realizacji określonego zamówienia publicznego. Wyklucza to możliwość rozszerzenia składu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po etapie prekwalfikacji. Analogicznego zakazu nie można jednak wywieść w odniesieniu do sytuacji, w której dochodzi do ograniczenia kręgu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w II fazie postępowania dwuetapowego. Analiza tego przypadku musi być jednak dokonywana każdorazowo przy uwzględnieniu ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, a w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”.

Podkreślić również należy, że skoro żaden przepis Pzp nie reguluje wprost, czy możliwe jest wystąpienie z konsorcjum członka konsorcjum to do do oceny, czy zmiany podmiotowe wewnątrz konsorcjum są dopuszczalne, należy stosować zasady ogólne Pzp, a w szczególności fakt, czy w wyniku zmiany, ofertę składa podmiot, który już bez udziału członka konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, skoro żaden przepis Pzp nie zabrania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego dokonywania zmian w składzie konsorcjum, polegających jak w niniejszym stanie faktycznym na wystąpieniu członka konsorcjum z jego składu, to uwzględniając wytyczne płynące z ww. wyroku TSUE, należało ocenić w niniejszym stanie faktycznym, czy zmiana taka nie wpłynęła negatywnie na pozostałych wykonawców, bowiem jak wskazywał TSUE, za dopuszczalną należy uznać taką zmianę w składzie konsorcjum, jeżeli po wystąpieniu z jego składu, pozostali wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Dlatego też oferta złożona przez konsorcjum, które mimo uszczuplenia jego składu nadal spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w ocenie składu orzekającego jest dopuszczalna i powinna być zostać oceniona przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu - pozytywnie. Powyższy pogląd w opinii składu orzekającego znajduje również potwierdzenie w wykładni art. 2 pkt 11 Pzp zgodnie z którym za wykonawcę należy uznać

osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie natomiast z art. 23 ust. 1 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zgodnie zaś z ust. 2 ww. wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie natomiast do art. 23 ust. 3 Pzp, do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się nie wprost, lecz odpowiednio.

W opinii składu orzekającego, z powyższych przepisów wynika, że organizacja i status konsorcjum, nie mieści się w definicji art. 2 pkt 11 Pzp, bowiem konsorcjum nie jest ani osobą fizyczną, ani osobą prawną, ani jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Ponadto z art. 23 ust. 3 Pzp wynika, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie natomiast z uchwałą Sądu Najwyższego o sygn. akt I KZP 24/05 z dnia 21 września 2005 r.: „(...) odpowiednie stosowanie przepisów nie zawsze jest tożsame z ich bezpośrednim stosowaniem. Co więcej, odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów określonego rozdziału ustawy różni się od sytuacji, w której ustawodawca odsyła do odpowiedniego stosowania konkretnego przepisu. W wyniku odpowiedniej modyfikacji całej grupy przepisów niektóre z nich mogą zostać poddane odpowiednim zmianom, tak jak ma to miejsce przy odpowiednim stosowaniu przepisu ustawy. W grupie modyfikowanych odpowiednio przepisów mogą jednak znaleźć się również takie przepisy, które znajdują zastosowanie do nowego zakresu odniesienia bez żadnych modyfikacji, jak również takie, które nie zostaną zastosowane z uwagi na ich bezprzedmiotowość albo sprzeczność z przepisami regulującymi materię stanowiącą zakres odniesienia (por. J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, PiP 1964, Nr 3, s. 373 – 375; A. Błachnio-Parzych, Przepisy odsyłające systemowe (Wybrane zagadnienia), PiP 2003, Nr 1, s. 44 – 45)”. W konsekwencji stwierdzić należy, że „odpowiednie” stosowanie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie zawsze powinno być interpretowane jako tożsame traktowanie konsorcjum wykonawców z wykonawcą indywidualnym, co zresztą wskazywał w odwołaniu sam Odwołujący. O ile bowiem traktowanie takie jest uzasadnione w przypadku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to już w sytuacji rozstrzygnięcia, czy istnieją podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na brak tożsamości podmiotowej pomiędzy podmiotem zaproszonym do składania ofert a podmiotem, który złożył ofertę, to jedynie okoliczność uniemożliwiająca pozostałym członkom konsorcjum wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu uznać należy za uzasadniającą takie odrzucenie.

Skład orzekający uwzględniając powyższe rozważania, oraz wyrok TSUE i przytoczoną opinię Prezesa UZP doszedł do przekonania, że możliwość dalszego udziału w postępowaniu Odwołującego została uzależniona od spełnienia dwóch czynników, tj. samodzielnego spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz niepogorszenie sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu. Taka sytuacja natomiast ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Na skutek bowiem nie uzyskania przez DNB wewnętrznych zgód korporacyjnych wykonawca ten nie mógł brać dalszego udziału w postępowaniu. W sytuacji więc, gdy drugi członek konsorcjum - Odwołujący samodzielnie spełniał warunek udziału w postępowaniu w opinii Izby mógł samodzielnie złożyć ofertę. W ocenie składu orzekającego w niniejszym postępowaniu nie doszło także do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. nakazu równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji. Niezgodne z tymi zasadami byłyby zmiany, gdy np. w wyniku których grupa wykonawców wcześniej niespełniających pozytywnych warunków udziału w postępowaniu, wskutek rozszerzenia składu konsorcjantów lub wejścia nowego podmiotu na miejsce jednego z uczestników dotychczasowych takie warunki zaczęłyby spełniać. Ustaleniu temu nie przeczy natomiast możliwość ograniczenia składu konsorcjum już po dokonanej ocenie spełniania warunków udziału. Nie wiąże się ona bowiem z koniecznością dokonywania weryfikacji wymogów, o których mowa w art. 22 oraz 24 Pzp wobec nowego wykonawcy, nie podlegającego wcześniej ocenie podmiotowej, lecz jedynie ustalenia przez Zamawiającego, czy dokonana wcześniej pozytywna ocena spełniania warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, nie zdezaktualizowała się wskutek wystąpienia ze składu wykonawcy DNB.

Wskazać należy, że również KIO w wyroku z dnia 12 stycznia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1638/09 dopuściła możliwość niektórych zmian w składzie konsorcjum stwierdzając, że: „...należy rozróżnić sposoby zmiany składu osobowego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie działaniem nieprawidłowym byłoby zezwolenie na udział grupie wykonawców, która po zmianie składu nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu i byłoby to sprzeczne z przepisami (np. art. 60d ust. 2 Pzp), sprzeciw wobec działania jako nieprawidłowego budziłaby również, zdaniem Izby, zgoda na dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotu, który nie występował w chwili złożenia wniosku w ramach grupy wykonawców. Natomiast na obecnym etapie postępowania i w stosunku do C. zmiana składu podmiotowego konsorcjum nie ma wpływu na możliwość pozostałych członków tego konsorcjum ubiegania się o udzielenie zamówienia, ani na jego potencjał. Taka zmiana nie ma również znaczenia dla Zamawiającego dlatego, że zmiana ta nie ma wpływu również na sytuację innych wykonawców, którzy złożyli wnioski

(oczywiście poza ich chęcią wyeliminowania konkurenta z udziału w postępowaniu). Zatem w tym przypadku Izba uznałaby za możliwą taką zmianę składu konsorcjum W.”.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający winien był ocenić złożenie oferty przez Odwołującego samodzielnie jako dopuszczalne, bowiem jak już wyżej wskazano Odwołujący samodzielnie spełniał warunek udziału w postępowaniu, a w skutek złożenia przez niego oferty nie zostały naruszona ani zasada konkurencji ani zasada równego traktowania wykonawców, a ponadto nawet w sytuacji wystąpienia DNB ze składu konsorcjum w dalszym ciągu istnieje możliwość należytego wykonania zamówienia przez Odwołującego, a należy mieć na uwadze, że głównym i zasadniczym celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wyłonienie takiego wykonawcy, który daje należyłą rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący:.....