Sygn. akt: KIO 818/20

WYROK

z dnia 24 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 24 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 kwietnia 2020 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EventLab M.O., M.A.S.C. PLATON Zarządzenie i Finanse Sp. z o.o. z Wrocławia (ul. Porzeczkowa 3, 53-008 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Małopolskie - Urząd Marszałkowski w Krakowie (ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Województwo Małopolskie

- Urząd Marszałkowski w Krakowie 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: Województwo Małopolskie - Urząd Marszałkowski w Krakowie na rzecz odwołującego: EventLab M.O., M.A.S.C. PLATON Zarządzenie i Finanse Sp. z o.o. z Wrocławia (ul. Porzeczkowa 3, 53-008 Wrocław) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Sygn. akt KIO 818/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Województwo Małopolskie - Urząd Marszałkowski w Krakowie, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usługi logistycznej w trakcie naukowych warsztatów letnich dla uczniów szkół ponadpodstawowych z Województwa Małopolskiego w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna”. Numer referencyjny: EK-11.052.1.19.2019r. Ogłoszenie o

zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE w dniu 9/01/2020, Nr 2020/S 009-016761. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - EventLab M.O., M.A.S.C. PLA TON Zarządzenie i Finanse Sp. z o.o. z Wrocławia z uwagi na błędne (jego zdaniem) przyjęcie, że oferta wykonawcy nie została skutecznie zabezpieczona wadium i jej odrzucenie, a tym samym naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - błędne jego zastosowanie w stosunku do oferty

Odwołującego;

2) art. 45 ust. 6 w związku z art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp - błędne uznanie, że Odwołujący uchybił formie wniesienia wadium, a także błędne uznanie, że zamawiający nie będzie miał możliwości zrealizowania poręczenia w sytuacji określonych w ww. przepisach co przesądzało w opinii zamawiającego o braku skuteczności jego wniesienia;

3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp - prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
Także wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm określonych w stosownych

przepisach.

Odwołujący wskazał, że interes w złożeniu niniejszego odwołania wynika z faktu, że jest on podmiotem zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a na skutek niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności zamawiającego, oferta wykonawcy nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji poniósł szkodę, gdyż nie ma możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku wynikającego z realizowania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, do której załączyli „Oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium nr 47/19/W/REPO/OI)", w treści którego poręczyciel (Dolnośląski Fundusz Gospodarczy Sp. z o.o., 50-148 Wrocław, ul. Wita Stwosza 3) udziela zobowiązania do zapłaty na rzecz zamawiającego, w kwocie żądanej przez zamawiającego, na każde pisemne żądanie zamawiającego. Następnie, w toku badania i oceny ofert zamawiający podważył prawidłowość wniesienia wadium ponosząc zarzut, iż w treści oświadczenia poręczyciela o udzielenia poręczenia zapłaty wadium, został wskazany tylko jednej z wykonawców wspólnie ubielających się o zamówienie, nawiasem mówiąc - lider konsorcjum. Powyższa okoliczność stanowiła podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający dodatkowo formułując uzasadnienie faktyczne przytoczył tezę z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), zgodnie z którą „jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji". Dalej Zamawiający stawia tezę, że „to z jej (gwarancji) treści musi wynikać możliwość zabezpieczenia interesów zamawiającego w sytuacjach wskazanych w ustawie PZP, bez względu na to czyjego roszczenie jest spowodowane działaniem partnera czy lidera konsorcjum". Zdaniem Zamawiającego z treści poręczenia nie wynika, iż jego zapisy zabezpieczają ofertę w sytuacji gdyby roszczenia zamawiającego wynikały z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta - partnera. Zdaniem wykonawcy, zarzuty podnoszone przez Zamawiającego w odniesieniu do treści oświadczenia poręczyciela o udzielenia poręczenia zapłaty wadium nie znajdują potwierdzenia zarówno w obowiązującym stanie prawnym, jak i faktycznym. Zwrócił uwagę, że w treści Specyfikacji Zamawiający wyraził expressis verbis w jaki sposób traktować będzie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Wskazał na ust. 6 pkt 3 SIWZ zgodnie z którym: „wszelka korespondencja oraz rozliczenia dokonywane będą wyłącznie z podmiotem występującym, jako pełnomocnik pozostałych. Oferta musi być podpisana w taki sposób, by prawnie zobowiązywała wszystkie podmioty występujące wspólnie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy". Innymi słowy Zamawiający (zdaniem Odwołującego) zdawał sobie sprawę z faktu, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie

odpowiadają solidarnie za wszelkie zobowiązania względem zamawiającego. Ponadto, zgodnie z treścią opinii dostępnej na stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych, przepis art. 23 ust. 3 ustawy PZP nakreśla zasadę, w świetle której przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem, obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP w zakresie wadium, dotyczące wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. Zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 5 ustawy Pzp, wadium może być wnoszone przez wykonawcę w poręczeniach udzielanych przez podmiotu, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 09 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, co w przypadku ubiegania się o zamówienie przez grupę wykonawców, w myśl art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oznacza, że wadium, które powinien złożyć każdy z wykonawców, powinno być złożone przez grupę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców i może ono przybrać w tym przypadku postać przedmiotowego poręczenia. Treść dokumentu wadialnego powinna odpowiednio zabezpieczać interes zamawiającego, umożliwiając mu zaspokojenie się z wadium bez przeszkód w przypadku zmaterializowani się przesłanek zatrzymania wadium. Cel ten zostaje osiągnięty także w przypadku, gdy dokument wadialny jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który został prawidłowo umocowany do działania na rzecz pozostałych konsorcjantów, nawet jeżeli w treści gwarancji nie ma wprost odwołania do działania przez niego na rzecz pozostałych członków konsorcjum. W takim przypadku należy uznać, że wadium złożone przez odwołującego w postaci „Oświadczenie poręczyciela o udzielenia poręczenia zapłaty wadium nr 47/19/W/REPO/OI), zostało wniesione w sposób prawidłowy. Należy bowiem zauważyć, że prawidłowo umocowany pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, podobnie jak każdy inny członek tego konsorcjum ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum, które mogą być powodem zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium. Dodał, że Zamawiający dysponował pełnomocnictwem udzielonym przez wszystkich członków konsorcjum którego treści, a w szczególności wynikających z niego uprawnień do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, którego nie kwestionował. Co więcej, mając jakiekolwiek wątpliwości co do umocowania jednego z członków konsorcjum do reprezentowania konsorcjum, zamawiający mógł wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, w tym umowy regulującej zasady współpracy pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie. Podkreślił, że Zamawiający nie skorzystał z przysługujących mu praw, a więc można domniemać, iż uznał umocowanie lidera konsorcjum do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Niezależnie od powyższej opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, konieczne jest wskazanie, iż kwestia składania wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie stanowiła niejednokrotnie przedmiot rozważań zarówno Sądu Najwyższego, jak i sądów powszechnych. Odwołujący wskazał, że w pragmatyce prawa zamówień publicznych dominuje pogląd - zupełnie pominięty przez zamawiającego - że przepisy dotyczące wykonawcy - zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp - stosuje się odpowiednio do wykonawców. Z powyższego sformułowania wyprowadza się trafny wniosek, zgodnie z którym art. 23 ust. 3 ustawy Pzp określa łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w postępowaniu o zwrot wadium. Wynika on przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 przywołanego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w ustawie PZP wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011, sygn. akt V CSK 475/10). Powyższe zaś oznacza, że w razie wezwania pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji czy wreszcie do zawarcia umowy, obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregokolwiek uczestnika, oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum - w tym również przez lidera konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania przez zamawiającego wadium niezależnie od tego, kto w gwarancji wadialnej został wymieniony jako wykonawca. Odmienna interpretacja przedstawionego stanu faktycznego jest sprzeczna z istotą umowy konsorcjum, które tworzone jest właśnie po to, by korzystać również z zasobów współkonsorcjanta (w tym zasobów w wymiarze ekonomiczno- finansowym). Wreszcie konieczne jest odniesienie się do przywołanego przez zamawiającego z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17), który stanowił podstawę uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego. Na napiętnowanie zasługuje niezwykle wybiórcze zastosowanie przywołanego wyroku. Zamawiający zacytował bowiem wyłącznie jedno, wyrwane z kontekstu zdanie, abstrahując całkowicie od całego stanu prawnego i faktycznego jaki został przywołany w cytowanym wyroku. W optyce odwołującego należy bezspornie zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, iż Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji". Niemniej jednak nie należy tracić z pola widzenia faktu, iż za prawidłowe zabezpieczenie oferty można uznać tylko

wniesienie wadium, które umożliwia skorzystanie z niego w każdym przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, co de facto Zamawiający (zdaniem Odwołującego), w treści ust. 9 pkt 5 specyfikacji podkreślił. Zatem dokonując niekorzystnej dla Odwołującego interpretacji ww. treści, Zamawiający dokonał de facto błędnej ich wykładni polegającej na przyjęciu, iż brak wskazania w treści oświadczenia poręczyciela o udzielenia poręczenia zapłaty wadium wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, gdyż przesłanki zatrzymania wadium materializują się odrębnie co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co - w opinii zamawiającego - winno skutkować odrzuceniem ich oferty z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. W przywołanym przez Zamawiającego wyroku Sąd Najwyższy jednoznacznie wskazał, iż powyższe tezy należy uznać za z gruntu błędne, a solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie rozciąga się również na ich zobowiązania w zakresie wadium, niezależnie od faktu, którzy z członków konsorcjum figurują w komparycji dokumentu wadialnego. Co więcej, w cytowanym przez zamawiającego wyroku Sądu Najwyższego, Sąd bezspornie wyjaśnia, co należy rozumieć przez „treść dokumentu wadialnego". Zdaniem Sądu z treści ww. dokumentu, tj. z treści zobowiązania gwaranta musi wynikać jego „bezsporność" i „bezwarunkowość", a także obowiązek zmaterializowania się odpowiedzialności gwaranta „z przyczyn leżących po stromnie wykonawcy". Zatem wniesienie wadium w formie w jakiej uczynił to Odwołujący należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania poręczyciela o tym, że wykonawca wskazany w dokumencie wadialnym jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia poręczenia i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania poręczyciela.

Uzasadniając z kolei zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp wskazał, że do obowiązków zamawiającego należy przestrzeganie ww. zasad, a podejmowane przez zamawiającego czynności jednoznacznie wskazują świadczą o ich naruszeniu. Reasumując stwierdził, że działania zamawiającego świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców, a także o naruszeniu przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 23 czerwca 2020 r.) wniósł o jego oddalenie wskazując, że pismem z dnia 26 maja 2020 r. poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z powodu wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonani zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Tym samym tocząca się postepowanie wywołane wniesieniem odwołania stało się całkowicie bezprzedmiotowe. Z drugiej strony, wobec unieważnienia postępowania, aktualne poddał w wątpliwość (jak podał) „interes prawny odwołującego, który obecnie nie ma żadnych szans na uzyskanie zamówienia".

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania stwierdził, że zarzuty i wnioski formułowane w odwołaniu są całkowicie bezzasadne a argumentacja chybiona. W całości podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o odrzuceniu oferty, które jego zdaniem zostało oparte na wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17). Jego zdaniem, kierując się wskazaniami Sądu Najwyższego, po przeprowadzeniu wnikliwej analizy złożonego przez EventLab M.O., M.A.s.c. dokumentu gwarancyjnego doszedł do wniosku, że dokument ten nie zabezpiecza oferty złożonej przez konsorcjum i, jako taki, nie daje Zamawiającemu gwarancji zabezpieczenia jego ewentualnych roszczeń względem drugiego członka konsorcjum ani konsorcjum jako całości. W szczególności wskazał, że złożony dokument wadialny nie zawiera w treści żadnego, choćby najdrobniejszego nawet nawiązania do działania EventLab s.c. w ramach konsorcjum, czy też o zabezpieczeniu interesów Zamawiającego na wypadek działań lub zaniechań drugiego członka konsorcjum. Treść gwarancji nie daje podstaw do przyjęcia, że gwarant ma wiedzę i świadomość, że oferta w postępowaniu składana jest przez konsorcjum. Tym samym gwarancja jest nieprawidłowa. W konsekwencji, wobec nie złożenia przez konsorcjum prawidłowego wadium, odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Podkreślił, że zarówno samo działanie Zamawiającego polegające na badaniu treści złożonej gwarancji, jak i dokonana wobec jej treści ocena skutkująca odrzuceniem oferty Odwołującego, znajdują pełne potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i KIO. Wskazał i zacytował obszerne fragmenty z

wyroku KIO 2503/19, podnosząc że „Z uwagi na powyższe, wszystkie twierdzenia Odwołującego dotyczące traktowania przez Zamawiającego (zgodnie z ustawą Pzp ) podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, obligatoryjnego wskazania podmiotu reprezentującego, solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia, czy też rzekomej możliwości ponoszenia odpowiedzialności przez gwaranta za działania podmiotu w najmniejszym nawet stopniu nie wskazanego w treści gwarancji, należy uznać, wobec powyższego za całkowicie chybione. Zamawiający podziela wyrażony w odwołaniu pogląd, że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielnie zamówienia, wykonawcą nie jest pełnomocnik (wspólnik) konsorcjum, ale konsorcjum, które tworzą wszystkie podmiot, które je tworzą. Z tego też względu gwarancja wadialna wystawiona tylko na jednego członka konsorcjum bez chociażby śladowego odniesienia się do pozostałych członków konsorcjum czy też wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia powoduje, że gwarancja jest nieprawidłowa. Podobnie dokonana przez Odwołującego analiza wyroku Sądu Najwyższego powołanego wobec powołanego powyżej wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku i opartym na nim wyroku Krajowej Izby Odwoławczej jest błędna i pozbawiona doniosłości prawnej. Skoro zatem Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy ustawy Pzp, nie może być mowy o naruszeniu przez niego zawartej w art. 7 ust. 1 i ust. 3 zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.”

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że Odwołujący miał legitymację procesową o której mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania w dniu 15 kwietnia 2020 r. Interes wykonawcy we wniesieniu odwołania należy oceniać na moment jego wniesienia. W tym przypadku interes we wniesieniu odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EventLab M.O., M.A.S.C. PLATON Zarządzenie i Finanse Sp. z o.o. z Wrocławia (Konsorcjum lub Odwołujący) sprowadzał się do dążenia wykonawców przywrócenia oferty Konsorcjum do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez uchylenie czynności Zamawiającego, który decyzją z dnia 9 kwietnia 2020 r. odrzucił ofertę z postępowania wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust.7b ustawy Pzp. Zamawiający uznał bowiem, że Odwołujący nie wniósł wymaganego w postępowaniu wadium, z uwagi na kwestionowaną przez niego treść przedłożonego poręczenia. Wadliwe odrzucenie tej oferty (z naruszeniem wskazanej przesłanki) powodowało szkodę po stronie Konsorcjum, której wykazanie (łącznie z interesem) także jest wymagane wskazanym przepisem. Zatem oceny istnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie zmienia - zdaniem Izby - fakt unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, które nastąpiło w dniu 26 maja 2020 r. po dacie wniesieniu odwołania. Jednakże okoliczność unieważnienia przedmiotowego postępowania, która to czynność uprawomocniła się miała wpływ na rozstrzygnięcie wyrażone w sentencji wyroku w związku z ograniczeniem wynikającym z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Przedmiotowe odwołanie podlega oddaleniu w związku ze wskazanym art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

W myśl wskazanego art. 192 ust.2 ustawy Pzp: „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi logistycznej w trakcie naukowych warsztatów letnich dla uczniów szkół ponadpodstawowych z Województwa Małopolskiego w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna” ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: EventLab M.O., M.A.S.C. PLATON Zarządzenie i Finanse Sp. z o.o. z Wrocławia [Odwołujący]. Do oferty załączono dokument wadialny „Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium (47/19/W/REPO/01), w którym to Dolnośląski Fundusz

Gospodarczy sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (...) udziela niniejszym solidarnego poręczenia za zobowiązanie M.A., oraz M.O, wspólnie prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą: EventLAB M.O. M.A. spółka cywilna, ul. Porzeczkowa 3, 53-008 Wrocław, do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Wykonawcę do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego”.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 9 kwietnia 2020 r. wskazał, że: „W załączonym dokumencie Poręczyciel udziela poręczenia za zobowiązanie tylko dla: M.A, oraz M.O, wspólnie prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą: EventLAB M.O. M.A.spółka cywilna, ul. Porzeczkowa 3, 53-008 Wrocław". Natomiast brak jest wpisania do „Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Wykonawcy z którym wspólnie złożyli ofertę tj. Platon Zarządzanie i Finanse sp. z o.o., ul. Chabrowa 39/7 Wysoka. 52-200 Wrocław.

Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., Sygn. akt IV CSK 86/17, jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. To z jej treści musi wynikać możliwość zabezpieczenia interesów Zamawiającego w sytuacjach wskazanych w ustawie PZP, bez względu na to czy jego roszczenie jest spowodowane działaniem Partnera czy Lidera Konsorcjum. Natomiast z treści Poręczenia nie wynika, iż jego zapisy zabezpieczają ofertę w sytuacji, gdyby roszczenia Zamawiającego wynikały z przyczyn leżących po stronie Konsorcjanta — Partnera. Wprost przeciwnie - treść pkt 3 Oświadczenia Poręczyciela wskazuje, iż wypłata wadium nastąpi w sytuacji, gdyby Wykonawca nie zastosował się do warunków oferty i pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Wykonawcą, zgodnie z treścią ww. Oświadczenia, jest EventLAB M.O. M.A. spółka cywilna. W związku z powyższym Zamawiający nie ma pewności, iż Poręczyciel zrealizowałby wypłatę wadium w sytuacji, gdyby roszczenie ze strony Zamawiającego wyniknęło z przyczyn za które odpowiedzialność ponosiłby Partner tj. Platon Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o.. Uwzględniając wymogi ustawy co do prawidłowego wniesienia wadium i doprecyzowanie przez orzecznictwo pojęcie „prawidłowego zabezpieczenie oferty" należy uznać, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, w związku z czym zaistniała przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy, skutkująca koniecznością odrzucenia oferty Wykonawcy".

Izba uznała, że podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz art. 45 ust. 6 w związku z art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie. Zamawiający - wskazując na brak pewności w zrealizowaniu przez Poręczyciela wadium w sytuacji, gdyby roszczenie ze strony Zamawiającego wyniknęło z przyczyn za które odpowiedzialność ponosiłby Partner - postawił zarzut, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co spowodowało odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku skuteczności wniesienia wadium w postępowaniu.

Odwołujący, zdaniem Izby prawidłowo (za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r.) wskazał w odwołaniu, że zarzuty podnoszone przez Zamawiającego (w odniesieniu do oświadczenia poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium) nie znajdują potwierdzenia zarówno w obowiązującym stanie prawnym, jak i faktycznym ustalonym w oparciu o postanowienia specyfikacji i treść przedłożonego w ofercie poręczenia zapłaty wadium z datą jego wystawienia 13.02.2020r., a także umowy Konsorcjum zawartej w dniu 3 lutego 2020 r., a zatem przed terminem wystawienia spornego poręczenia. Izba także zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że w specyfikacji w jej punkcie 6.5. Zamawiający wyraził expressis verbis w jaki sposób traktować będzie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zgodnie z tym punktem: „Wszelka korespondencja oraz rozliczenia dokonywane będą wyłącznie z podmiotem występującym, jako pełnomocnik pozostałych. Oferta musi być podpisana w taki sposób, by prawnie zobowiązywała wszystkie podmioty występujące wspólnie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy". Zatem obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp w zakresie wadium, dotyczące wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. We wskazanej umowie Konsorcjum podano (§ 1), że wykonawcy tworzący Konsorcjum postanowili w tej umowie określić zasady współdziałania tworząc konsorcjum, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych, którego celem jest przystąpienie do w/w postępowania, a w razie uzyskania ww. zamówienia wspólna jego realizacja. Dalej wskazano (§ 2), że liderem Konsorcjum (o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp) będzie przedsiębiorca EventLab M.O., M.A. Spółka Cywilna (..), reprezentowanemu przez pana M.A., któremu udzielają pełnomocnictwa do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W dalszych postanowieniach (w zakresie spornym) wskazano, że na etapie ubiegania się o zamówienie Lider jest zobowiązany do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do wniesienia wadium. Niewątpliwie treść dokumentu wadialnego powinna odpowiednio zabezpieczać interes zamawiającego, umożliwiając mu zaspokojenie się z wadium bez przeszkód w przypadku zmaterializowania się przesłanek zatrzymania wadium. Cel ten zostaje osiągnięty także w przypadku, gdy dokument wadialny jest wystawiony na jednego z członków konsorcjum, który został prawidłowo umocowany do działania na rzecz

pozostałych konsorcjantów, nawet jeżeli w treści gwarancji nie ma wprost odwołania do działania przez niego na rzecz pozostałych członków konsorcjum. Izba zwraca uwagę, że mając wątpliwości, co do umocowania jednego z członków konsorcjum do reprezentowania konsorcjum w zakresie wniesionego wadium w formie poręczenia, Zamawiający mógł wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, w tym umowy regulującej zasady współpracy pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie. Zamawiający nie skorzystał z takiej możliwości, co oznacza, że uznał umocowanie lidera konsorcjum do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zdaniem Izby należy podzielić pogląd Odwołującego, że prawidłowo umocowany pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, podobnie jak każdy inny członek tego konsorcjum ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum, które mogą być powodem zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium. Sąd Najwyższy w cytowanym wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17 jednoznacznie wskazał, że solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie rozciąga się również na ich zobowiązania w zakresie wadium, niezależnie od faktu, którzy z członków konsorcjum figurują w komparycji dokumentu wadialnego. Także w tym wyroku Sąd wyjaśnia, co należy rozumieć przez „treść dokumentu wadialnego". Zdaniem Sądu z treści ww. dokumentu, tj. z treści zobowiązania gwaranta musi wynikać jego „bezsporność" i „bezwarunkowość", a także obowiązek zmaterializowania się odpowiedzialności gwaranta „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy".

W świetle powyższych ustaleń wniesienie wadium w formie w jakiej uczynił to Odwołujący należało uznać za prawidłowe i skuteczne. W konsekwencji także za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp albowiem odrzucenie oferty wykonawcy było niezasadne, co świadczy o naruszeniu zasad wymaganych tym przepisem.

Tak jak Izba wskazała, na uwzględnienie zasługują wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty. Jednakże w niniejszej sprawie Izba była zobowiązana uwzględniać wskazywaną dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp. Ponadto także dyrektywę, o której mowa w art. 191 ust. 2 tej ustawy, w myśl której: „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Okolicznością ustaloną w toku postępowania odwoławczego mającą wpływ na rozstrzygnięcie Izby jest unieważnienie przez Zamawiającego tego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp, o której to decyzji Zamawiający poinformował wykonawców w piśmie z dnia 26 maja 2012 r., a zatem po wniesieniu odwołania w dniu 15 kwietnia 2020 r. w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Izba stwierdza, że unieważnienie postępowania w dniu 26 maja 2020 r. nie spowodowało - wbrew twierdzeniom zamawiającego bezprzedmiotowości tego postępowania odwoławczego, ale musiało mieć wpływ na rozstrzygnięcie Izby, co do możliwości nakazania zamawiającemu dokonywania czynności unieważnienia odrzucenia oferty związanej z powtórną żądaną oceną oferty Odwołującego w sytuacji gdy czynność unieważniająca postępowanie (z uwagi na upływ terminu do jej zaskarżenia) uprawomocniła się. Izba dodatkowo zauważa, że Zamawiający nie wykazywał w odpowiedzi na odwołanie, że ta oferta z innych przyczyn podlegała by odrzuceniu w przypadku przywrócenia jej do postępowania i/ lub wykonawcę należałoby wykluczyć uwzględniając określone ustawą Pzp przesłanki wykluczenia.

Izba w konkluzji stwierdza, że wobec powyższych ustaleń pomimo słuszności zarzutów należało orzec o jego oddaleniu z uwagi na wskazówki zawarte w art. 191 ust.2 Pzp i ograniczenia wynikające z powołanego art. 192 ust.2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także postanowienia § 5 ust.4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972). W myśl tego przepisu „4. W przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku". Najczęściej powoływanym w orzeczeniach w zakresie orzekania o kosztach (jak wynika z orzecznictwa) w przypadku oddalenia odwołania jest § 5 ust. 3 rozporządzenia. Jednakże przepisy wskazanego § 5 ust. 3 dotyczą oddalenia odwołania w całości z uwagi na niesłuszność podnoszonych w odwołaniu zarzutów, a zatem nie mogą stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach tego postępowania odwoławczego. Zdaniem Izby wynik sprawy powinien być badany w odniesieniu do zarzutów oddalonych, na co pozwala wskazany § 5 ust.4 rozporządzenia. Skutkiem tego, że wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu są zadane, Izba mając na uwadze zasadę słuszności, uznała za zasadne kosztami postępowania odwoławczego w całości obciążyć Zamawiający. Bezspornie bowiem z ustaleń wynika, że tylko z powodu unieważnienie postępowania nie jest możliwe

wydanie przez Izbę orzeczenia uwzględniającego odwołanie, co do podnoszonych w tym odwołaniu żądań. Izba zwraca uwagę, że Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 29 listopada 2016 r. XXIII Ga 880/16 wskazał, że wykładnia przepisów zarówno ustawy Prawo zamówień publicznych jak i rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia prowadzi do wniosku, że stosownie do treści art. 192 ust. 10 Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, a zatem nie ulega wątpliwości, że ustawa Pzp przyjmuje zasadę odpowiedzialności za wynik tego postępowania. W niniejszej sprawie Izba dodatkowo zwraca uwagę, że czynność unieważnienia była spowodowana przyczynami zewnętrznymi niezależnymi od Zamawiającego i Odwołującego. W przedstawionych w decyzji o unieważnieniu okolicznościach, (jak wskazywał Zamawiający) (.) trudno zakwestionować zarówno nadzwyczajny charakter zjawiska epidemii, jak i jego niezależność od Zamawiającego". Podobnie były one niezależne od wykonawcy. Niewątpliwie także (.) zaistnienie epidemii i

jej utrzymywanie się oraz w związku z tym wycofanie się Uczelni z organizacji warsztatów, noszą cechy istotności i mają wpływ na prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia".

W konsekwencji Zamawiający był zmuszony podjąć decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp". Ta decyzja nie została zaskarżona przez Odwołującego ani innych uczestników przetargu z uwagi na specyfikę tego przedmiotu zamówienia i okoliczności, w których Zamawiający był zmuszony unieważnić postępowanie. Zdaniem Izby nie było możliwe skuteczne kwestionowanie tej decyzji. Także z uwagi na przesłanki wymagane wskazanym art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym względy również słusznościowe przemawiają za tym, że Odwołującego nie można było obciążyć kosztami postępowania odwoławczego, skoro zarzuty odwołania w całości są zasadne, a okoliczności niezależne od wykonawcy związane z unieważnieniem przedmiotowego postępowania (niewątpliwie obiektywnie zasadne) zostały wskazane przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania (w decyzji z 26 maja 2020 r.) i, który w odpowiedzi na odwołanie nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania, chociażby w ich części.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła jak w sentencji orzeczenia.