Sygn. akt KIO 2658/21

WYROK

z dnia 19 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Bartosz Stankiewicz
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P.Ż. Spółka Jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich oraz „GNOM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Zaberd Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P.Ż. Spółka Jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich oraz „GNOM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział we Wrocławiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P.Ż. Spółka Jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich oraz „GNOM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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: .....

Sygn. akt KIO 2658/21

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział we Wrocławiu, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Całoroczne utrzymanie autostrady A4 zarządzanej przez GDDKIA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 105-276726.

W dniu 8 września 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Plus Inwest P.Ż. Spółka Jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich oraz „GNOM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej „Odwołujący", wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący dokonał prawidłowego wniesienia wadium;

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;

3. art. 239 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący zaoferował najkorzystniejsze warunki wykonania zamówienia określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz jego oferta merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu;

4. art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zaberd Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, pomimo iż oferta złożona przez ten podmiot nie jest ofertą najkorzystniejszą;

5. art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Zaberd Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 października 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną

możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutów prowadziła do stanu naruszającego interes Odwołującego, który złożył ofertę i nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesu Odwołującego w postępowaniu, przede wszystkim przez uchylenie czynności prowadzącej do niekorzystnego dla tego wykonawcy rozstrzygnięcia przetargu (stosownie do informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jedynym powodem, dla którego została odrzucona oferta Odwołującego było wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy). Natomiast kwestia podnoszona przez Przystępującego na rozprawie, a dotycząca hipotetycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na złożone nieprawdziwe informacje pozostaje bez znaczenia, bowiem Odwołujący nie został odrzucony przed datą wniesienia niniejszego odwołania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący dokonał prawidłowego wniesienia wadium.

Izba ustaliła, że w pkt 13 specyfikacji warunków zamienia, dalej „SWZ", znalazły się informacje dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ww. pkt nie określono żadnych wymagań w zakresie wadium w stosunku do konsorcjum. Wymagania dotyczące wadium znalazły się w pkt 18 SWZ, gdzie wskazano że: 18.1. Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 370 000,00 PLN (słownie złotych: trzysta siedemdziesiąt tysięcy złotych 00/100). 18.2. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w art. 97 ust. 7 ustawy Pzp, w zależności od wyboru Wykonawcy. 18.3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać - „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław". W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa. 18.4. Wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy musi wpłynąć na rachunek bankowy Zamawiającego nr 31 1130 1033 0018 8129 2790 0003 (w tytule przelewu należy wpisać znak postępowania), najpóźniej przed upływem terminu składania ofert. Ze względu na ryzyko związane z czasem trwania okresu rozliczeń międzybankowych Zamawiający zaleca dokonanie przelewu ze stosownym wyprzedzeniem. 18.5. Zamawiający dokona zwrotu wadium na zasadach określonych w art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wykonawca będzie miał możliwość w przypadkach określonych w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp wystąpienia o zwrot wadium, przy czym złożenie wniosku o zwrot wadium spowoduje rozwiązanie stosunku prawnego Zamawiającego z Wykonawcą i utratę przez Wykonawcę prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, uregulowanych w Dziale IX ustawy Pzp.18.6. Zamawiający zwróci wadium wniesione w formie poręczenia lub gwarancji poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Zaleca się, aby poręczenie lub gwarancja wskazywały adres mailowy na jaki Zamawiający winien składać oświadczenie o zwolnieniu

wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 5 ustawy Pzp. 18.7. Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Dalej, Izba ustaliła, że Odwołujący tytułem zabezpieczenia oferty, złożył oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium (81/20/W/04) z 8 lipca 2021 r. (podpisano o godz. 10:31:57), wystawione przez Dolnośląski Fundusz Gospodarczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Poręczyciel".

Z treści złożonego dokumentu wynika, że Poręczyciel udziela solidarnego poręczenia za zobowiązanie Plus Inwest P.Ż. Spółka Jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich, dalej „Wykonawca", wobec Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, dalej „Zamawiający", do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Wykonawcę do postępowania o udzielenie zamówienia organizowanego przez Zamawiającego. Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), w szczególności w art. 98 ust. 6.

Termin ważności poręczenia wskazano w § 3 ust. 3 przewidując, że poręczenie niniejsze jest terminowe i udzielone na okres do dnia 10.11.2021 r.

Warunki wypłaty wadium opisano w § 4, gdzie w ust. 1 wskazano, że Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego poręczenia nieodwołalnie, bezwarunkowo i na pierwsze pisemne żądanie. Stosownie do ust. 3 Poręczyciel zapłaci za Wykonawcę na rzecz Zamawiającego, na wskazany numer rachunku bankowego, pełną sumę Poręczenia wadialnego w przypadku zatrzymania przez Zamawiającego tego wadium na skutek wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tzn. jeśli: a) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej; b) Wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, c) Wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; d) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

W dniu 31 sierpnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, równocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że oferta wykonawcy została odrzucona, ponieważ wadium które zostało przez wykonawcę wniesione w formie „Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium (81/20/W/04)" w swojej treści wskazuje tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PLUS INWEST P. Ż. SP.J. ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie. Z treści poręczenia jednoznacznie wynika, że zostało ono wystawiona wyłącznie na zlecenie PLUS INWEST P. Ż. SP.J. i w związku z jego ubieganiem się o udzielenie zamówienia. W poręczeniu wprost wskazano bowiem PLUS INWEST P. Ż. SP.J. jako wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu. Jednocześnie w treści poręczenia brak jest jakiejkolwiek wzmianki czy nawiązania do faktu wspólnego z innym wykonawcą ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z treści poręczenia w żaden sposób nie można wywieść, by zabezpieczała ona zamawiającego przed nierzetelnym działaniem wszystkich członków konsorcjum, a nie jedynie wykonawcę PLUS INWEST P. Ż. SP.J. Dodatkowo na uwagę zasługuje fakt, że dla oceny prawidłowości wniesienia wadium może mieć znaczenie data udzielenia pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, na którego zlecenie został wystawiony dokument wadialny. W dacie udzielania gwarancji lider konsorcjum nie był nawet upoważniony do działania w imieniu GNOM Sp. z o.o., a zatem nie mógł w jego imieniu wystąpić o gwarancję wadialną. Jak wynikało bowiem z dokumentów załączonych do oferty, wadium w postaci poręczenia zostało podpisane 8 lipca 2021 r. o godz. 10:34, natomiast wykonawca GNOM Sp. z o.o., udzielił pełnomocnictwa liderowi konsorcjum 8 lipca 2021 r. o godz. 15:33 (zgodnie z datą umieszczenia podpisów na dokumencie pełnomocnictwa). Pełnomocnictwo to obejmowało także umocowanie do „złożenia w imieniu Konsorcjum wadium", jednak zostało udzielone już po wystawieniu dokumentu poręczenia, oznacza to że lider nie mógł działać w imieniu członka konsorcjum. (...)

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego należy się zgodzić. Załączone do oferty Odwołującego poręczenie wystawione na jednego członka konsorcjum należy uznać za wniesione w sposób prawidłowy. Stosownie do art. 879 § 1 Kodeksu cywilnego o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowo zakres zobowiązania dłużnika. Jest to swoista cecha poręczenia, czy nawet element essentialia negotii - akcesoryjność poręczenia, czyli uzależnienie zobowiązania poręczyciela od zakresu zobowiązania głównego (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2014 r., sygn. akt I ACa 505/14). Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności poręczyciela decyduje zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (tak m.in. J. Gołaczyński, Komentarz do art. 879, (w:) (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz 9. wydanie, Warszawa 2019, wyd. C. H. Beck). (vide wyrok KIO z dnia 7 lutego 2020 r. sygn. akt 130/20).

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (czyli lidera) jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum, która występuje już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem złożone poręczenie jest wiążące dla całego konsorcjum z uwagi na zakres odpowiedzialności dłużnika głównego, czyli lidera.

Ponadto, Zamawiający w SWZ nie określił żadnych szczególnych wymagań związanych z wystawieniem wadium w przypadku jego wnoszenia przez jednego z członków konsorcjum. Dokumentacja postępowania nie zawiera stwierdzenia, że w sytuacji gdy o zamówienie publiczne będzie się ubiegało kilku wykonawców, wspólnie składających ofertę, wadium składane przez nich w postaci poręczenia udzielonego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości winno spełniać dodatkowe wymagania. SWZ nie zawiera także postanowienia, że w poręczeniu niezbędne jest wymienienie wszystkich członków konsorcjum.

Dodatkowo, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium wniesione było wspólnie przez wykonawców, a w treści poręczenia byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę. Zgodnie z art. 58 ust. 1 i 5 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stosownie do art. 445 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Równocześnie należy podkreślić, że konsorcjum nie jest podmiotem prawnym (przymiot ten mają poszczególni wykonawcy tworzący konsorcjum) i jest pozbawione zdolności do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania poręczenia.

Oznacza to, że zamawiający może domagać się spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, niezależnie od woli tych wykonawców wyrażonej w dokumencie wadialnym (vide wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO 23/07 oraz wyrok KIO z dnia 16 lipca 2018 r. sygn. akt 1274/18).

Odnosząc się zaś do argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego związanej z celem wadium, tj. możliwością zaspokojenia się zamawiającego z tytułu wniesionego wadium, nie sposób stwierdzić, że jest ono nieskuteczne z tego powodu, że poręczyciel wprost w treści dokumentu nie wymienił członka konsorcjum, ani też w treści poręczenia nie wskazał wprost, że ma świadomość, iż podmiot na zlecenie którego wystawił przedmiotowe poręczenie składa ofertę jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Dla oceny prawidłowości wniesionego wadium kluczowe znaczenie ma treść dokumentu wadialnego, ustalona przez poręczyciela na wniosek wykonawcy, z której należy wnioskować, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17, zabezpieczenia oferty. Sąd Najwyższy w ww. wyroku stwierdził, że ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik był jedynie jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy stwierdzić, że w treści poręczenia, wymieniono Plus Inwest P.Ż. Spółka Jawna z siedzibą w Żernikach Wrocławskich. Następnie, należy wskazać, że w treści poręczenia znalazło się określenie przedmiotu zamówienia, kwota wadium oraz przesłanki nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na rzecz zamawiającego na pierwsze pisemne żądanie, na zasadach określonych w dokumencie. Wskazane przesłanki zapłaty odpowiadają w całości wymienionym w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Z treści dokumentu wynika, że udziela się poręczenia za zobowiązanie, związane z udziałem w określonym postępowaniu. Z faktu, że w treści poręczenia wymieniony jest wyłącznie jeden z członków konsorcjum nie oznacza, że w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania wypłaty wadium, występujących po stronie członka konsorcjum niewymienionego w treści dokumentu, poręczyciel takiej wypłaty odmówi. Dlatego bez znaczenia pozostaje argumentacja

Zamawiającego, że w dacie udzielania poręczenia lider konsorcjum nie był upoważniony do działania w imieniu partnera konsorcjum, a zatem nie mógł w jego imieniu wystąpić o gwarancję wadialną.

Skład orzekający podziela również twierdzenia znajdujące się w wyroku z dnia 14 maja 2021 r. sygn. akt KIO 779/21, że praktyka rynkowa wskazuje raczej, że wystawcy gwarancji przyjmują powszechnie, że w przypadku, gdy gwarancja zapłaty wadium zostaje wystawiona na zlecenie jednego członka konsorcjum, a oferta jest złożona przez konsorcjum, którego jest on członkiem, to gwarancja taka zabezpiecza ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców. Składowi orzekającemu nie jest znany przypadek, aby w analogicznej sytuacji, w razie ziszczenia się przesłanki wypłaty wskazanej w treści gwarancji określonej kwoty beneficjentowi, spotkał się on z odmową zapłaty z tego powodu, iż w treści gwarancji widnieje jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o dane zamówienie. Domniemanie takiej potencjalnej odmowy rzeczywiście spotyka się niekiedy w orzecznictwie i piśmiennictwie, ale nie w praktyce występującej na rynku.

Zatem, niezależnie od tego po stronie którego z dwóch wspólnie ubiegających się o zamówienie podmiotów ziszczą się przesłanki z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp poręczyciel będzie zobowiązany do wypłaty kwoty uwidocznionej w dokumencie. Działania, czy zaniechania jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp za zasadny. W konsekwencji powyższego naruszenia potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp przez dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie podstawowych zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dalszej kolejności Izba uznała, że uwzględnienie zarzutu pierwszego odwołania konsumuje zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Odwołujący podnosił, że Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do prawidłowości wniesienia wadium. Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. W ocenie składu orzekającego wezwanie do wyjaśnień byłoby zbędne, bowiem jak już stwierdzono powyżej, wystarczające jest załączenie do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentu wadialnego w formie niepieniężnej wystawionego na jednego członka konsorcjum.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: .....