

WYROK

Warszawa, dnia 26 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Członkowie: **Monika Banaszekiewicz**

Anna Chudzik

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz SEGAS.G. Sp.j. z siedzibą w Łosiosie**, w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **SICAME POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz SEGAS.G. Sp.j. z siedzibą w Łosiosie** 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: **P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz SEGAS.G. Sp.j. z siedzibą w Łosiosie**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....
Sygn. akt: KIO 377/24

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, na zadanie pn. „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A” nr postępowania: PZP/TD CN/04585/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2023 r. pod nr 499755-2023-PL.

W dniu 5 lutego 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz SEGAS.G. Sp.j. z siedzibą w Łosiosie wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- (1) odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części nr 1, 4 i 5;
- (2) unieważnieniu postępowania w zakresie części 5.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- (1) **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP** w zw. z **art. 97 ust. 7 pkt 2, art. 445 ust. 1** w zw. z **art. 58 ust. 5 PZP** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy Odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy,
- (2) **naruszenie art. 255 pkt 2 PZP** poprzez unieważnienie postępowania w zakresie części 5, w sytuacji, gdy złożona oferta nie jest ofertą podlegającą odrzuceniu,

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o

- (1) uwzględnienie odwołania,
- (2) nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 - b) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 5;
 - c) powtórzenia czynności oceny ofert wraz z dokonaniem oceny oferty Odwołującego,
- (3) przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu na poparcie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w odwołaniu,
- (4) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz SEGA S.G. Sp.j. z siedzibą w Łosiu Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 lutego 2024 r. (pismo z dnia 15 lutego 2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca - SICAME POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania w zakresie części 1 i 4.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2024 r. (pismo z dnia 16 lutego 2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego w zakresie części 1 i 4.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, 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 .

Zgodnie z art. 97 ust. 7 ustawy PZP, Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) gwarancjach bankowych;
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w ustawie z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2023 r.).

Zgodnie z art. 445 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawcy, o których mowa w , ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zgodnie z art. 58 ust. 5 ustawy PZP, Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP w zw. z art. 97 ust. 7 pkt 2, art. 445

ust. 1 w zw. z art. 58 ust. 5 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy Odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba podkreśla, że Zamawiający w pkt 4.3 SWZ wskazał wymagania dotyczące wadium, określając w pkt 4.3.1 SWZ wysokość wniesionego wadium. I tak każdy Wykonawca biorący udział w niniejszym postępowaniu był zobowiązany do wniesienia wadium dla części nr 1 w wysokości 100 000,00 zł, dla części nr 4 w wysokości 30 000,00 zł, dla części nr 5 w wysokości 50 000,00 zł. Z kolei w pkt 4.3.2 SWZ Zamawiający wskazał formę wniesionego wadium, a mianowicie:

„4.3.2.1 Wadium może być wnoszone w jednej lub w kilku formach, określonych w art. 97 ust. 7 PZP.

4.3.2.2 W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji lub poręczenia, gwarancja lub poręczenie powinno być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i powinno zawierać m.in. zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłacenia kwoty gwarancji lub poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w przypadkach określonych w art. 98 pkt 6 PZP. Gwarancja/poręczenie muszą zawierać postanowienie: „Wierzytelność z tytułu niniejszej gwarancji jest nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego”.

Uwaga:

Gwarancja lub poręczenie winny być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy.

4.3.2.3 Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym i zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę.

4.3.2.4 Oferta Wykonawcy, który nie wnieśli wadium lub wnieśli je w sposób nieprawidłowy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP.

4.3.2.5 Z wniesionego wadium w pieniądzu oraz z treści gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2 - 4 PZP musi wynikać, że wadium zabezpiecza ofertę Wykonawcy złożoną w Postępowaniu, którego dotyczy niniejsza SWZ

4.3.2.6 Wadium może wnieść osoba trzecia.”

Izba zważa, że Odwołujący wraz z ofertą złożył jako wadium dla części nr 1, części nr 4, części nr 5 dokumenty w postaci gwarancji bankowych z dnia 8 września 2023 r., tj. odpowiednio „Gwarancja nr KLG90054IN23”, „Gwarancja nr KLG90053IN23”, „Gwarancja nr KLG90051IN23” wystawione przez ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach.

Izba chciałaby w pierwszej kolejności wskazać, że celem złożenia wadium jest zabezpieczenie oferty na wypadek ziszczenia się którejkolwiek z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP, co oznacza, że w momencie złożenia wadium Zamawiający musi mieć pewność, że Gwarant nie odmówi realizacji zobowiązań z gwarancji, gdy dojdzie do zdarzenia w niej opisanego.

W związku z powyższym, w przypadku gdy oferta jest składana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm), jak w niniejszej sprawie, to w ocenie Izby w treści gwarancji bankowej powinni być wymienieni wszyscy członkowie Konsorcjum lub powinny znaleźć się w jej treści inne postanowienia wskazujące na złożenie oferty przez więcej niż jednego wykonawcę, na co także zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym rację ma Zamawiający, że jeżeli przesłanka zatrzymania wadium wynikałaby z przyczyn dotyczących wykonawcy, którego udział w Konsorcjum składającym ofertę nie został w żaden sposób wskazany w treści gwarancji, to w takim przypadku zachodziłoby ryzyko, że Gwarant nie wypłaci Zamawiającemu kwoty gwarantowanej.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący działający jako Konsorcjum dwóch firm, tj. P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz SEGA S.G. Sp.j. z siedzibą w Łosiosowie złożył wraz z ofertą wadium w formie gwarancji bankowych co do poszczególnych części zamówienia, w których to wymieniony został tylko wykonawca SEGA S.G. sp.j. Z treści gwarancji bankowych nie wynika w żaden sposób, aby inny wykonawca (tj. P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o.) brał udział w niniejszym postępowaniu wspólnie z SEGA S.G. Sp.j., o czym świadczy treść gwarancji bankowych wystawionych dla części nr 1, 4 i 5:

- a) „Zostaliśmy poinformowani, że S.S., UL. GŁÓWNA 21, 49-330 ŁOSIÓW, zwany dalej „Wykonawcą”, zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest: „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.”; Nr referencyjny: PZP/TD-CN/04585/2023 - Część nr 1”;
- b) „Zostaliśmy poinformowani, że S.S., UL. GŁÓWNA 21, 49-330 ŁOSIÓW, zwany dalej „Wykonawcą”, zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest: „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.”; Nr referencyjny: PZP/TD-CN/04585/2023 - Część nr 4”;
- c) „Zostaliśmy poinformowani, że S.S., UL. GŁÓWNA 21, 49-330 ŁOSIÓW, zwany dalej „Wykonawcą”, zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest: „Dostawa osprzętu do linii napowietrznych nN i SN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.”; Nr referencyjny: PZP/TD-CN/04585/2023 - Część nr 5”.

Warto w tym miejscu również zauważyć, że z aneksu nr 1 z dnia 12 stycznia 2024 r. do Gwarancji nr KLG90053IN23, Gwarancji nr KLG90051IN23 oraz Gwarancji nr KLG90054IN23 wynika, że przedłużenie terminu ważności ww. gwarancji

zostało wystawione wyłącznie na wykonawcę SEGA S.G. Sp.j., o czym świadczy m.in. treść aneksu do Gwarancji nr KLG90051IN23: „Działając na zlecenie naszego Klienta S.S., UL.GŁÓWNA 21, 49-330 ŁOSIÓW, my, ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, przy ul. Sokolskiej 34, 40-086 Katowice, wpisany do Rejestru Przedsiębiorców w Sądzie Rejonowym Katowice-Wschód w Katowicach Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000005459, o kapitale zakładowym w kwocie 130.100.000,00 zł oraz kapitale wpłaconym w kwocie 130.100.000,00 zł, NIP 634-013-54-75, niniejszym przedłużamy termin ważności Gwarancji nr KLG90051IN23 do: **2024-03-31**”.

Tym samym w ocenie Izby rację ma Zamawiający, który stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, iż: „nie można w takim przypadku twierdzić, że wadium skutecznie zabezpiecza ofertę”.

Powyższe stanowisko jednoznacznie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 31/21, w którym wskazano, że: *gwarancja bankowa obejmująca tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi nieprawidłowo złożone wadium jako zabezpieczenie wspólnej oferty*”.

Poza tym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych wskazuje się, iż treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna, a biorąc pod uwagę zarówno zawodowy charakter prowadzonej działalności gospodarczej przez Odwołującego, co do którego w myśl art. 355 § 2 k.c. wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością czy dokładnością w działaniu, powoduje, że treść gwarancji musi być interpretowana ściśle, a nie rozszerzająco.

Nadto należy zauważyć, że kwestia prawidłowości wniesienia wadium nie może być przedmiotem wyjaśnień, a tym bardziej wadium nie może być uzupełnione, w tym także w zakresie treści gwarancji wadialnej (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO2179/16 z dnia 30 listopada 2016 r.). Wynika to też z art. 97 ust. 5 ustawy PZP, w którym wskazano, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą.

Izba zważa, że dowód dołączony do odwołania przez Odwołującego w postaci oświadczenia Gwaranta, tj. banku ING Bank Śląski S.A. z dnia 16 stycznia 2024 r. wskazujący, iż: „*gwarancja stanowi podstawę do żądania od Gwaranta zapłaty oznaczonej w gwarancji kwoty pieniężnej niezależnie od tego, czy podmiot oznaczony w treści gwarancji jako Wykonawca tj. SEGA S.G. Spółka Jawna z siedzibą w Łosowie uczestniczy w Postępowaniu (przetarg o przedmiocie określonym w treści gwarancji) samodzielnie, czy jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek zapłaty oznaczonej w gwarancji kwoty pieniężnej*” stanowi de facto uzupełnienie treści gwarancji wadialnej nr KLG90054IN23, nr KLG90053IN23”, nr KLG90051IN23, o treści z nich niewynikające.

W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 grudnia 2022 r. o sygn. akt KIO 3306/22: „*W związku z tym należy podkreślić, że informacja o zabezpieczeniu oferty złożonej przez konsorcjum i realizacji zobowiązań Gwaranta w przypadku działania lub zaniechania każdego z konsorcjantów powinna wynikać już z treści gwarancji złożonej wraz z ofertą. Informacja ta nie powinna być przedmiotem domysłów zamawiającego i nie może być uzupełniana w toku postępowania o udzielenie zamówienia.*”

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że zobowiązanie Gwaranta ma, w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Odwołujący, charakter zobowiązania abstrakcyjnego i nieakcesoryjnego (wobec stosunku podstawowego między zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia), co oznacza, że jego zakres wyznaczany jest treścią dokumentu wadialnego. Tym samym z uwagi na abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji, przy jej stosowaniu nie można odwoływać się do innych stosunków prawnych leżących u podstaw jej udzielenia, a w efekcie ocena treści gwarancji nie może opierać się na treści innych dokumentów niż sama gwarancja, co powoduje zdaniem Izby, że powoływane przez Odwołującego pełnomocnictwo z dnia 21 sierpnia 2023 r., jak również oświadczenie o zawarciu umowy konsorcjum z dnia 21 sierpnia 2023 r. wskazujące m.in., iż: „*wadium w imieniu wskazanego wyżej Konsorcjum zostanie wniesione przez jednego z Członków Konsorcjum w jednej z form przewidzianych w art. 45 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.)*”, nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości i skuteczności złożonej gwarancji przez Odwołującego.

Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 31/21, w którym wskazano, iż: „*Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielania gwarancji. (...) Przekładając powyższe uwagi na realia niniejszej sprawy wskazać w konsekwencji należy, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Konieczność oceny prawidłowości wadium na podstawie złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom, dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który dla zamawiającego korzystnie lub nie zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium. Wobec powyższego gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna. (...) Co do umowy, to jej*

zapisy regulują wyłącznie stosunek pomiędzy partnerem a liderem konsorcjum określając zasady ich wspólnego ubiegania się o zamówienie oraz dalej wspólnej realizacji zamówienia. Zapisy tej umowy w żaden sposób nie wpływają na stosunek gwarancji”.

Izba odnie się jeszcze do kwestii poruszanej przez Odwołującego w odwołaniu, tj. solidarnej odpowiedzialności członków Konsorcjum. Izba uważa, że zgodnie z art. 58 ust. 5 ustawy PZP, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z kolei w myśl art. 445 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawcy, o których mowa w , ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Biorąc powyższe przepisy pod uwagę, Izba nie zgadza się z Odwołującym (pkt 22 odwołania), iż solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum obejmuje „także etap postępowania, a co za tym idzie odpowiedzialność za działania i zaniechania mogące prowadzić do zatrzymania wadium”, ponieważ solidarna odpowiedzialność wykonawców wynikająca z art. 445 ust. 1 ustawy PZP nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym w zakresie wniesionego wadium.

Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 1/23, w którym wskazano, że: *„Solidarna odpowiedzialność aktualizuje się po wyborze najkorzystniejszej oferty. Przed podpisaniem umowy wykonawcy zobowiązani są do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedzialność dotyczy także realizacji umowy, podczas której wykonawcy wspólnie ubiegający się ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium.”*

W ocenie Izby nie są również zasadne rozważania Odwołującego dotyczące tego, że jeśli „Wadium może wnieść osoba trzecia” zgodnie z pkt 4.3.2.6 SWZ, to „całkowicie nieracjonalnym jest odmawianie takiego prawa członkowi konsorcjum” (pkt 13 odwołania). Odwołujący bowiem pomija całkowicie fakt, iż z treści pkt. 4.2.3.5 SWZ wynika, iż: *„Z wniesionego wadium w pieniądzu oraz z treści gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2 – 4 PZP musi wynikać, że wadium zabezpiecza ofertę Wykonawcy złożoną w Postępowaniu, którego dotyczy niniejsza SWZ”.* Oznacza to zdaniem Izby, że z treści gwarancji musi wynikać, iż wadium zabezpiecza ofertę wykonawcy lub na zasadzie art. 58 ust. 5 ustawy PZP wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W realiach niniejszej sprawy, Odwołujący złożył ofertę jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, zaś z samej treści gwarancji bankowej co do części 1, 4 i 5 nie wynika, że wadium zabezpiecza ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz SEGA S.G. Sp.j. z siedzibą w Łosiu. Z wniesionego dokumentu wadium wynika bowiem, że zabezpiecza ono ofertę wykonawcy SEGA S.G. Sp.j., a to z kolei w ocenie Izby powoduje, iż odpowiedzialność Gwaranta jest ograniczona wyłącznie do działania i zaniechania wykonawcy SEGA S.G. Sp.j.

Izba w tym miejscu odnie się do powoływanego przez Odwołującego wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. o sygn. akt IV CSK 86/17, z którego w ocenie Izby Sąd Najwyższy w żaden sposób nie przesądził o prawidłowości wadium wniesionego przez jednego z wykonawców występujących wspólnie, w przeciwieństwie do tego, co sugeruje Odwołujący w odwołaniu. Sąd Najwyższy rozstrzygając spór w przedmiocie wadium złożonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia podkreślił, że wadium można uznać za prawidłowe i wystarczające jedynie wówczas, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do aktualizacji przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 „starej” ustawy PZP. Co istotne, Sąd Najwyższy podkreślił, że decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta ma wykładnia treści gwarancji wadium zgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 65 § 1 i 2 KC.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, jak już Izba wskazała powyżej, z treści gwarancji bankowych nie wynika w jakikolwiek sposób, że w przedmiotowym postępowaniu inny wykonawca, tj. P.P.H.U. PROSPER sp. z o.o. brał udział wspólnie z wykonawcą SEGA S.G. Sp.j.

Z kolei powoływanie się przez Odwołującego zarówno w piśmie procesowym z dnia 19 lutego 2024 r., jak i na rozprawie na poprzednie postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, który to zaakceptował wówczas przedłożoną gwarancję bankową (okoliczność bezsporna), to Izba uważa, że w obecnym postępowaniu Zamawiający kierował się najnowszą linią orzeczniczą Izby (m.in. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.12.2022 r. o sygn. akt KIO 3306/22, czy też wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.09.2023 r. o sygn. akt KIO 2710/23), na co wskazywał Zamawiający na rozprawie, co skutkowało zarazem odmianym stanowiskiem Zamawiającego co do prawidłowości wniesienia wadium.

Konkludując, w ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie zadania nr 1, zadania nr 4 i zadania nr 5 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, ze względu na to, iż Odwołujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 255 pkt 2 ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania w zakresie części 5, w sytuacji, gdy złożona oferta nie jest ofertą podlegającą odrzuceniu, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba uważa, że zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części nr 5 zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Odwołującego oraz wykonawcy ASAJ sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach. Ze względu na to, iż w ocenie Izby zasadnie została odrzucona oferta Odwołującego, jak również w niniejszym postępowaniu została odrzucona oferta wykonawcy ASAJ sp. z o.o. doprowadziło to do sytuacji, iż Zamawiający był obowiązany do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP, ponieważ wszystkie oferty w ramach części nr 5 podlegały odrzuceniu.

Z tego też względu zarzut ten nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....