

**WYROK**

**z dnia 15 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ZRIB Sp. z o.o., Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z. S., ul. Szkolna 6, 34-312 Miedzybrodzie Bialskie** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Rybnicka 47, 44-100 Gliwice**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD sp. z o.o., ul. Na Łąkach 9, 41-700 Ruda Śląska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZRIB Sp. z o.o. i Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z. S., ul. Szkolna 6, 34-312 Miedzybrodzie Bialskie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZRIB Sp. z o.o. i Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z. S., ul. Szkolna 6, 34-312 Miedzybrodzie Bialskie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZRIB Sp. z o.o. i Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z. S., ul. Szkolna 6, 34-312 Miedzybrodzie Bialskie** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Rybnicka 47, 44-100 Gliwice** kwotę 3 974 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąte cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Modernizacja gospodarki wodno – ściekowej w Gliwicach – II etap – Bojków – faza II.”

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznał ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający stwierdził, że wadium wniesione przez Odwołującego nie było prawidłowe.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu: naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego w sytuacji, gdy nie wystąpiły okoliczności w określone w tym przepisie ustawy, naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez przyjęcie, że przepisów ustawy dotyczących wykonawcy nie stosuje się odpowiednio w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w odniesieniu do wadium, zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem jego oferty, dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zgodnie z pkt. 13.5 SIWZ – IDW: „W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 uPzp) z treści gwarancji musi wynikać, że odnosi się ona zarówno do zleceniodawcy gwarancji, jak również do wszystkich pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Postanowienie zdania pierwszego znajduje zastosowanie również do wadium w formie poręczeń.”

Zamawiający wskazał, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium złożona przez Odwołującego zawiera postanowienie, z którego wynika, że UNIQUA Towarzystwo Ubezpieczeń S. A. w Łodzi zobowiązuje się do zapłaty wadium jedynie w przypadku, gdy Zakład Robót Inżynieryjno - Budowlanych ZRIB Z. S. (jeden z członków konsorcjum Odwołującego) nie spełni jednego z przypadków określonych w art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podniósł, że podstawowy zarzut dotyczący złożonej przez Odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej, przesądzający o uznaniu

wadliwości wniesionego przez Odwołującego wadium, dotyczy faktu, że w treści gwarancji nie uwzględniono drugiego podmiotu wchodzącego w skład Konsorcjum. Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania wywołał, że tak sformułowana gwarancja ubezpieczeniowa daje Zamawiającemu uprawnienie do dochodzenia kwoty wadium objętego gwarancją jedynie w odniesieniu do jednego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum, tj. Zakładu Robót Inżynieryjno - Budowlanych ZRIB Z. S.. W przypadku, gdyby przesłanka uprawniająca do zatrzymania wadium dotyczyła Zakładu Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Z. S., Zamawiający mógłby zatrzymać wadium, natomiast Zamawiający nie miałby możliwości zatrzymania wadium w przypadku, gdyby np. jedna z przesłanek uprawniających do zatrzymania wadium dotyczyła drugiego członka Konsorcjum, tj. ZRIB Sp. z o.o. Nadto Zamawiający podkreślił, że solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy jedynie fazy realizacji umowy, a nie udziału w procedurze wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający stwierdził, że treść gwarancji złożonej przez Odwołującego i „wskazane w niej okoliczności zatrzymania wadium nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń, które mogą spowodować prawo żądania przez zamawiającego zapłaty kwoty gwarancji, gdyż nie dotyczą obu podmiotów tworzących Konsorcjum ZRIB, a jedynie Zakładu Robót Inżynieryjno - Budowlanych ZRIB Z. S.. Tym samym należy stwierdzić, iż wadium wniesione przez Konsorcjum ZRIB, nie zabezpiecza złożonej oferty, gdyż ta ostatnia składana była przez dwa podmioty występujące wspólnie.”

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Podniósł, że gwarancja wadium złożona wraz z ofertą dotyczyła Odwołującego (konsorcjum) jako wykonawcy, składającego wspólnie ofertę. Z pełnomocnictwa dołączonego do oferty na str. 119 jednoznacznie wynika, że Partner Konsorcjum, czyli Zakład Robót Inżynieryjno - Budowlanych ZRIB Z. S. „jest upoważniony do wniesienia wadium i gwarancji należytego wykonania oraz usunięcia wad i usterek”.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej jedynymi postanowieniami SIWZ dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane. Dodatkowe wymagania Zamawiającego stawiane w treści SIWZ odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadium itd., nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Stanowisko takie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z dnia 04.05.2011 r. (sygn. akt KIO 810/11).

Zdaniem Odwołującego, które w jego ocenie poparte jest orzecnictwem Krajowej Izby

Odwoławczej, jedynie wadliwa kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane oraz wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przepadku, może zostać zakwalifikowane jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jest natomiast podstaw prawnych do egzekwowania wymagań SIWZ odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w ww. wyroku sygn. akt KIO 810/11.

Odwołujący wskazał, że rozstrzygnięcie należy bezpośrednio odnieść do stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu. Ze względu na analogię, Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych i uznał ofertę za odrzuconą, pomimo że nie wystąpiły okoliczności uprawniające Zamawiającego do dokonania tych czynności, efektem czego jest pozbawienie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego przez Odwołującego.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów, miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ zawarł postanowienie, zgodnie z którym: „W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 uPzp) z treści gwarancji musi wynikać, że odnosi się ona zarówno do zleceniodawcy gwarancji, jak również do wszystkich pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Postanowienie zdania pierwszego znajduje zastosowanie również do wadium w formie poręczeń.”

Izba ustaliła także, że ofertę w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: ZRIB Sp. z o.o. oraz Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z. S.. Do oferty została załączona gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, wystawiona na kwotę zgodną z wymaganą w SIWZ. W treści gwarancji wpisano: „tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Z. S.”. W treści gwarancji zostały jednocześnie określone przesłanki możliwości zatrzymania wadium przez Zamawiającego, określone w art. 46a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przyjmuje się, że w treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej stanowiących wadium, powinna zostać wskazana kwota zgodna z postanowieniami SIWZ, rachunek bankowy, na który wadium powinno zostać wniesione, a także winny zostać określone wszystkie przesłanki, sytuacje, w których Zamawiający jest uprawniony do żądania wypłaty wadium przez podmiot wystawiający gwarancję.

Dodatkowo Zamawiający ma możliwość określenia w treści gwarancji wymagań co do jej treści. Jakkolwiek można by uznać, że postanowienia takie stanowią wymaganie jedynie formalne, to w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu wymaganie Zamawiającego określone w SIWZ i przywołane powyżej nie ma charakteru jedynie formalnego.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wadium może zostać wniesione przez dowolnego z tych wykonawców, co wynika z treści art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże jeżeli wadium wnoszone jest w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w treści takiej gwarancji powinna znaleźć się informacja, które podmioty zabezpieczają zapłatę wadium. Wynika to jednoznacznie z treści postanowień SIWZ - jak wskazano powyżej, Zamawiający żądał, aby w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych) z treści gwarancji wynikało, że odnosi się ona zarówno do zleceniodawcy gwarancji, jak również do wszystkich pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W niniejszej sprawie gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona przez Odwołującego nie spełnia tego wymogu. Z treści tej gwarancji jednoznacznie wynika, że zabezpiecza ona zapłatę wadium jedynie przez Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Z. S., a więc tylko przez jednego członka Konsorcjum Odwołującego. Okoliczność ta przesądza o uznaniu, że wadium nie zostało skutecznie wniesione przez Odwołującego. Należy wskazać, że w sytuacji, gdy w treści gwarancji nie zostanie wymieniony każdy z wykonawców wspólnie składających ofertę (nie zostaną wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum), to przesłanki związane z możliwością zatrzymania wadium przez Zamawiającego nie będą rozciągały się

na tych członków konsorcjum, którzy nie zostali wymienieni w treści gwarancji. W takiej sytuacji może okazać się, że Zamawiający nie ma możliwości zatrzymania wadium we wszystkich sytuacjach wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Jeżeli bowiem okoliczności uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium związane byłyby z działaniami lub zaniechaniami członka konsorcjum nie wymienionego w treści gwarancji ubezpieczeniowej, to wystawca takiej gwarancji może odmówić zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji, podnosząc, że z treści gwarancji wynika, że objęty jest nią tylko jeden podmiot.

W niniejszej sprawie w treści gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej przez Odwołującego nie tylko nie został wymieniony drugi członek Konsorcjum Odwołującego – ZRIB Sp. z o.o., ale nawet nie wskazano, że wymieniony w treści tej gwarancji Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Z. S. składa ofertę w ramach konsorcjum. Tym samym gwarant może odmówić wypłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium w sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium dotyczyć będą ZRIB Sp. z o.o. jako członka Konsorcjum Odwołującego. Tym samym treść gwarancji złożonej przez Odwołującego i wymienione w niej okoliczności zatrzymania wadium nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń, które mogą spowodować prawo żądania przez Zamawiającego zapłaty kwoty gwarancji, gdyż nie dotyczą obu podmiotów tworzących konsorcjum.

Nawet gdyby przyjąć, że w zakresie wniesienia wadium istnieje odpowiedzialność solidarna, to wystawca gwarancji nie jest zobowiązany do rozszerzającej interpretacji treści wystawionej przez siebie gwarancji. Ma prawo uznać, że podmiot nie wymieniony wprost w treści gwarancji jest osobą trzecią w stosunku do wystawcy gwarancji, za działania i zaniechania której gwarant nie ponosi odpowiedzialności. A skoro tak, to gwarant może odmówić wypłaty sumy objętej gwarancją w sytuacji, gdy podstawą żądania wypłaty sumy gwarancyjnej będą działania lub zaniechania podmiotu nie wymienionego wprost w treści gwarancji. W niniejszej sprawie z treści gwarancji wynika, że jedynym podmiotem, którego działania lub zaniechania mogą stanowić podstawę żądania wypłaty przez Zamawiającego sumy gwarancyjnej, jest Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Z. S.. Z treści gwarancji nie wynika, aby taką podstawę mogły stanowić działania lub zaniechania Konsorcjum, którego członkiem jest Odwołujący, ani działania lub zaniechania drugiego członka tego Konsorcjum. Ponieważ nie obowiązują żadne ustawowe regulacje, które dawałyby podstawę do rozszerzenia zakresu podmiotów objętych gwarancją, zakres podmiotowy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej może zostać określony wyłącznie w oparciu o literalną dokumentu gwarancyjnego. Tym bardziej brak jest podstaw do rozszerzania zakresu podmiotowego gwarancji z powołaniem się na zasady współżycia społecznego lub ustalone zwyczaje.

W ocenie Izby, solidarna odpowiedzialność wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na czynności, które wprost nie wynikają z treści ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu nie sposób uznać, że zawarte w SIWZ żądanie wskazania w treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie wymogiem formalnym. Powyższy element stanowi istotną treść przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium i tym samym wpływa w sposób decydujący na prawa i obowiązki stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. W przypadku bowiem, gdy nie zostanie wymieniony każdy z członków konsorcjum, wątpliwe jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego. Izba podziela pogląd, zgodnie z którym prawidłowo wniesione wadium to takie, które de facto i de iure zabezpiecza interesy Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zawarł postanowienie w SIWZ, które służyło całkowitemu zabezpieczeniu interesów Zamawiającego. Postanowienie to jest wiążące dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, jego stanowiska nie potwierdzają wszystkie wyroki Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący całkowicie pominął okoliczność, że w treści wyroków Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę na postanowienia SIWZ we wskazanym zakresie (np. wyrok KIO 903/09). W niniejszej sprawie Zamawiający zawarł w SIWZ takie postanowienia. Należy także zauważyć, że w podobnym stanie faktycznym (jak w niniejszym postępowaniu) zapadł wyrok o sygn. KIO 1408/10.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....