

**WYROK**  
**z dnia 29 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm w składzie: **RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa (lider) oraz STIMO N..... Sp. j., z siedzibą dla lidera: 30-019 Kraków, ul. Mazowiecka 25** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Mazowieckie, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26,**

przy udziale wykonawcy **ECM Group Polska S.A., 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street, WIT 4BQ Londyn, Wielka Brytania, reprezentowanego w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce, 00-103 Warszawa, ul. Królewska 16,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm w składzie: **RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa (lider) oraz STIMO N..... Sp. j., z siedzibą dla lidera: 30-019 Kraków, ul. Mazowiecka 25** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm w składzie: **RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa (lider) oraz STIMO N..... Sp. j., z siedzibą dla lidera: 30-019 Kraków, ul. Mazowiecka 25,** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Mazowieckie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie usługi Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji zadania pn. „Budowa systemu energii odnawialnej – kolektory słoneczne w zakładach opieki zdrowotnej, dla których organem tworzącym jest Samorząd Województwa Mazowieckiego.

W dniu 11 kwietnia 2014 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm w składzie: RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie oraz STIMO N..... Sp. j. z siedzibą w Krośnie [dalej także, jako „Konsorcjum RB”], złożyli odwołanie wobec wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ECM Group Polska S.A., jak też wobec wykluczenia Konsorcjum RB z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp”], w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo że Odwołujący wniósł wadium do upływu terminu składania ofert we właściwej formie i wysokości;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A., jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż przekształcenie Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. z siedzibą w Krakowie w RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa nastąpiło w dniu 19 lutego 2014 r. w trybie i na zasadach uregulowanych w Dziale III Tytułu IV Kodeksu spółek handlowych poprzez przekształcenie jednej spółki osobowej w inną spółkę osobową. Tym samym w ocenie Odwołującego nie sposób zgodzić się ze

stwierdzeniami Zamawiającego, iż gwarancja ubezpieczeniowej zapłaty wadium została wystawiona na nieistniejący podmiot lub na zasadzie sukcesji generalnej, o której mowa w art. 553 KSH. Odwołujący podnosił, iż RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa jest tą samą spółką, co Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. – RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa kontynuuje byt prawny Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j., a w/w spółki różnią się tylko swoją formą prawną. Odwołujący wskazywał, że RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa jest kontynuatką Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. Zatem okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowej zapłaty wadium wskazuje w swojej treści jako oferenta Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. nie ma żadnego znaczenia, spółka ta bowiem kontynuuje obecnie swój byt prawny jako RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa, a wadium ustanowione na zlecenie Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. zabezpiecza ofertę złożoną przez RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa. Odwołujący podkreślał, że „(...) mamy tutaj do czynienia z tą samą spółką, co przed przekształceniem, a zmiana jej formy prawnej nie ma żadnego wpływu ani znaczenia dla ważności i skuteczności gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.” Odwołujący stwierdził również, iż nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że dla skutecznego wniesienia wadium konieczne było, aby spółka RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa przejęła gwarancję wystawioną na zlecenie Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. i aby prawa z tej gwarancji przeszły na spółkę przekształconą. Stanowisko takie w ocenie Odwołującego nie ma żadnego oparcia w przepisach i jest sprzeczne z zasadami wystawiania oraz mechanizmem funkcjonowania gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący podnosił, iż z gwarancji ubezpieczeniowej nie wynikają żadne prawa dla wykonawcy, którego ofertę gwarancja zabezpiecza, natomiast wszelkie uprawnienia wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej przysługują tylko i wyłącznie jej beneficjentowi, czyli Zamawiającemu. To Zamawiający i tylko Zamawiający może wykonać uprawnienia wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej, Natomiast wykonawca poprzez ustanowienie gwarancji ubezpieczeniowej żadnych uprawnień nie zyskuje, nie jest zatem po prostu możliwe, aby prawa z tej gwarancji przeszły ze spółki przekształcanej na spółkę przekształconą skoro prawa takie nigdy nie powstały. W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie jest poza sporem, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, zabezpieczająca ofertę Odwołującego, wskazuje jako jej beneficjenta Zamawiającego i to Zamawiający na zasadach w niej określonych może się zwrócić do ubezpieczyciela o wypłatę kwoty wadium i kwotę tą otrzymać. Zdaniem Odwołującego, ze względu na zasadę kontynuacji nie jest również potrzebne ani możliwe żadne „przejęcie” gwarancji, gdyż wszelkie prawa spółki przekształcanej z mocy ustawy przysługują spółce przekształconej. Odwołujący wskazywał również, iż prawo posłużenia się gwarancją ubezpieczeniową wystawioną na zlecenie Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j., wynika nie z gwarancji ubezpieczeniowej, ale z umowy zlecenia o okresowe

udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych kontraktowych nr UO/GKR/30/2010/051-18-01-00 z dnia 25.10.2010 r. łączącej RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa z Powszechnym Zakładem Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż przepisy art. 45 i 46 ustawy Pzp nie określają zasad wnoszenia wadium. Zawarty w art. 45 ust. 1 ustawy zwrot „Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium (...)” nie oznacza, obowiązku wniesienia wadium wyłącznie przez wykonawcę. Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że wniesienie wadium jest skuteczne, jeżeli wadium wniesie wykonawca lub jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wadium, może więc skutecznie wnieść podmiot trzeci. Wykonawca zlecając podmiotowi trzeciemu wniesienie w jego imieniu wadium nie ma także obowiązku udzielać mu w tym celu pełnomocnictwa, gdyż wniesienie wadium nie jest czynnością prawną, lecz faktyczną. Odwołujący wskazywał, iż „(...) wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej mogłoby zostać ustanowione na zlecenie podmiotu trzeciego, niebędącego wykonawcą i nieubiegającego się o udzielenie danego zamówienia, istotne w takim wypadku byłoby jedynie to, czy dokument potwierdzający ustanowienie wadium wskazywałby w czyim imieniu lub na czyją rzecz wadium zostało ustanowione. Niewątpliwie dokument gwarancji ubezpieczeniowej złożony wraz z ofertą Odwołującego wskazuje czyją ofertę i w jakim postępowaniu zabezpiecza. Faktycznie, jako oferenta w treści gwarancji ubezpieczeniowej wskazano Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j., niemniej jednak w świetle wskazanych powyżej przepisów k.s.h. i wynikającej z nich zasady kontynuacji nie ma żadnych wątpliwości, że RB Services Sp. z o.o. sp. komandytowa winna być traktowana, jako Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j., działająca jedynie w zmienionej formie prawnej, a zatem jako ta sama spółka.”

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Województwo Mazowieckie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie usługi Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji zadania pn. „Budowa systemu energii odnawialnej – kolektory słoneczne w zakładach opieki zdrowotnej, dla których organem tworzącym jest Samorząd Województwa Mazowieckiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2014 r., pod numerem 2014/S 012-017028.

Zgodnie § 8 SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 70.000,00 zł.

Do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 26 luty 2014 r., swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum RB na kwotę 1.220.000,00 zł brutto;
- 2) Ove Arup & Partners International Limited, z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania, reprezentowany w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce, z siedzibą w Warszawie na kwotę 2.600.000,00 zł brutto;
- 3) Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o. o. z siedzibą w Ciechanowie na kwotę 2.669.100,00 zł brutto;
- 4) ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 2.124.210,00 zł brutto;
- 5) OTS IP Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie na kwotę 2.243.520,00 zł brutto.

Izba ustaliła, iż wykonawca Konsorcjum RB załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr GWo/76/2014/051-18-01-00 z dnia 20 lutego 2014 r., Z dokumentu gwarancji wynika, iż Gwarantem jest Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie, Beneficjentem Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie natomiast, jako Oferenta wskazano Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. z siedzibą w Krakowie. Z treści gwarancji (§ 1 ust. 2) wynika, iż gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami SIWZ w przetargu na wykonanie usługi Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji zadania pn. „Budowa systemu energii odnawialnej – kolektory słoneczne w zakładach opieki zdrowotnej, dla których organem tworzącym jest Samorząd Województwa Mazowieckiego” ogłoszonym przez Beneficjenta. Z treści § 2 ust. 1 gwarancji wynika, iż biorąc pod uwagę fakt, że Oferent składa Beneficjentowi ofertę w przetargu wymienionym w § 1 ust. 2, Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje na rzecz Beneficjenta zapłatę kwoty 70.000,00 zł - suma gwarancyjna. Zgodnie z § 3 ust. 1 gwarancji obowiązuje ona od dnia 26.02.2014 r. do dnia 26.04.2014 r.

Izba ustaliła również, iż spółka jawna Info Solutions A. S..... C. C..... z siedzibą w Krakowie została przekształcona w spółkę RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa. Przekształcenie nastąpiło w dniu 19 lutego 2014 r.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Tym samym pismem, Zamawiający poinformował, iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył z postępowania Konsorcjum RB. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, iż złożony wraz z ofertą dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, został wystawiony dnia 20 lutego 2014 a jako oferent wskazana jest firma Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. z siedzibą w Krakowie, która w dniu 19 lutego 2014 r. została przekształcona w nowy podmiot działający pod nazwą RB Services sp. z o. o. Spółka komandytowa. Gwarancja ubezpieczeniowej zapłaty wadium została zatem wystawiona na nieistniejący podmiot. Na dzień

przekształcenia, tj. na dzień 19 lutego 2014 r.. Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. nie dysponowała gwarancją ubezpieczeniową zapłaty wadium, zatem na zasadzie sukcesji generalnej, o której mowa w art. 553 Kodeks spółek handlowych, spółka RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa nie mogła jej przejąć, a prawa z niej nie mogły przejść na spółkę przekształconą.

Czynność te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

- 1) ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Ove Arup & Partners International Limited, z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania, reprezentowany w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce, z siedzibą w Warszawie.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium złożonej przez Konsorcjum RB, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron i Uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Jak wskazywał sam Odwołujący, cytując jednego z komentatorów istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest zobowiązanie ubezpieczyciela do świadczenia pieniężnego w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5

ustawy Pzp. W razie ich wystąpienia zapłata winna następować nieodwołalnie, bezwarunkowo, na pierwsze żądanie zamawiającego i taka konstrukcja prawna wadium ma gwarantować zamawiającemu pewność zaspokojenia roszczenia na wypadek zaistnienia tych okoliczności ustawowych. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby, gwarancja przedłożona wraz z ofertą przez Odwołującego takiej pewności nie daje. Bezsparnie, jako oferenta wskazano Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. i w dniu wystawienia gwarancji, tj. 20 lutego 2014 r., Gwarant zobowiązał się do zapłaty na rzecz Beneficjenta określonej kwoty w związku ze złożeniem w przedmiotowym postępowaniu oferty przez w/w podmiot. Jednakże, co również bezsporne, oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa oraz STIMO N..... Sp. j. O ile niewątpliwie jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy złożyli ofertę jest spółka komandytowa przekształcona ze spółki Info Solutions A. S....., C. C..... Sp. j. to istotnym pozostaje również fakt, iż w dniu 19 lutego 2014 r., spółka jawna Info Solutions A. S..... C. C..... została wykreślona z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, podczas gdy gwarancję, w której jako oferenta wskazano tę spółkę jawną wystawiono 20 lutego 2014 r. Tym samym w chwili pozyskania dokumentu gwarancji podmiot, na rzecz którego dokument ten został wystawiony nie mógłby skutecznie złożyć oferty pod spółką jawną, wobec jej wykreślenia z odpowiedniego rejestru. Zgadając się z Odwołującym, iż z tytułu gwarancji wadialnej to Zamawiający nabywa prawo do zaspokojenia się z niej w sytuacji wystąpienia określonych zdarzeń, to nie sposób pominąć, iż skoro gwarancja zabezpiecza ofertę spółki jawnej, która wcześniej, przed datą wystawienia gwarancji, została przekształcona w spółkę komandytową, to Zamawiający mógłby mieć trudność w dochodzeniu praw z tej gwarancji. Izba nie przesądza, iż uzyskanie przez Zamawiającego świadczenia na podstawie tej gwarancji zapłaty wadium nie byłoby w ogóle możliwe. Nie można wykluczyć, iż np. w drodze sądowej Zamawiający uzyskałby zapłatę określonej kwoty pieniężnej, jednakże wątpliwości takie stoją w sprzeczności z istotą wadium, które ma zabezpieczać ofertę wykonawcy w sposób pewny i bezwzględny. Tym samym skoro gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium złożona przez Odwołującego, nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia i tym samym nie zabezpiecza w sposób bezwzględny i jednoznaczny złożonej przez niego oferty zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego za niezasadne należało również uznać zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....