

Sygn. akt KIO/UZP 23/07

WYROK*
z dnia 4 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Wiśniewska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **FADBET S.A. z siedzibą w Białymstoku, ul. 27 Lipca 60** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 26** protestu z dnia 29 listopada 2007r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **FADBET S.A. z siedzibą w Białymstoku, ul. 27 Lipca 60**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **FADBET S.A. z siedzibą w Białymstoku, ul. 27 Lipca 60**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....) przez na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **FADBET S.A. z siedzibą w Białymstoku, ul. 27 Lipca 60**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na przebudowę i rozbudowę części obiektu zamawiającego z przeznaczeniem na Szpitalny Oddział Ratunkowy z Działem Przyjęć ZP – 252-47/07 zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 26 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 września 2007r. pod numerem 161718-2007.

Wartość szacunkowa zamówienia przekraczała równowartość 137 000 euro.

Zamawiający pismem z dnia 22 listopada 2007r. znak ZP-252-47-19/07 poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i wybrał ofertę konsorcjum firm : PPHU Rodex sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, ul. E. Orzeszkowej 32 – Lider konsorcjum i Instal Białystok S.A. z siedzibą w Białymstoku, ul E. Orzeszkowej 32 – zwanej dalej Konsorcjum Rodex.

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożył protest FADBET S.A. z siedzibą w Białymstoku, ul. 27 Lipca 60 w dniu 29 listopada 2007r. (data pisma i wpływu do Zamawiającego) zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655) zwanej dalej pzp z uwagi na niewykluczenie Konsorcjum Rodex oraz w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp poprzez nieodrzućenie wybranej oferty, a jednocześnie naruszenie art. 91 ust. 1 pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Protestujący żądał wykluczenia Konsorcjum Rodex i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownej oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Protestującego.

Protestujący uzasadniał swoje stanowisko wskazując, iż Konsorcjum Rodex nie wniosło wymaganego wadium. W treści gwarancji ubezpieczyciel zobowiązał się względem Zamawiającego do zapłaty kwoty ubezpieczenia w sytuacji, gdy jeden z członków Konsorcjum tj. PPHU Rodex sp. z o.o. odmówi podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, odmówi wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy bądź gdy wykonanie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie firmy PPHU Rodex sp. z o.o. Zdaniem Protestującego gwarancja nie została złożona przez konsorcjum i nie zabezpiecza oferty złożonej przez Konsorcjum Rodex.

W dniu 3 grudnia 2007r. (data wpływu do FADBET) Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go. Zamawiający podniósł, że wadium wniesione przez Konsorcjum Rodex jest

prawidłowe, gdyż zostało wniesione przez PPHU Rodex działające w przedmiotowym postępowaniu jako Lider Konsorcjum Rodex. Uprawnienie PPHU Rodex sp. z o.o. do działania w imieniu konsorcjum wynika z umowy konsorcjalnej, która była znana Protestującemu. W gwarancji jest podana prawidłowo nazwa i oznaczenie postępowania. Lider Konsorcjum Rodex działał jako pełnomocnik w granicach swojego umocowania, a w § 2 ust. 3 umowy konsorcjalnej solidarną odpowiedzialność każdego z członków Konsorcjum rozszerzono o zdarzenia mające miejsce jeszcze przed zawarciem umowy.

W dniu 5 grudnia 2007r. (data stempla pocztowego) FADBET S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty i wnioski podniesione w proteście, a jednocześnie wzmacnił dotychczasową argumentację o przedstawienie poglądów orzecznictwa.

Podczas rozprawy Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i podał, że Zamawiający dokonuje dowolnej interpretacji gwarancji wadialnej oderwanej od jej literalnej treści. Ponadto umowa konsorcjum jest dokumentem prywatnym regulującym stosunki wewnętrzne pomiędzy konsorcjantami i nie wywiera skutku w stosunkach z osobami trzecimi. Gwarancja ubezpieczeniowa jest czynnością abstrakcyjną i rodzi skutki prawne tylko pomiędzy Gwarantem, a Zobowiązanym i nie może stanowić źródła prawa dla innego podmiotu. SIWZ nie zawiera uregulowań, w jaki sposób wykonawcy działający wspólnie powinni wnieść wadium, a zatem zastosowanie ma art. 23 ust. 3 pzp, zgodnie z którym wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie są traktowani jak jeden wykonawca, a stąd wniosek, że wszyscy członkowie konsorcjum powinni wnieść wadium, czyli być ujawnieni w gwarancji wadialnej.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania i wskazał, że jego zdaniem ustawa PZP nie reguluje sposobu wnoszenia wadium przez podmioty działające wspólnie. Nie można także nie brać pod uwagę przy ocenie dokumentów składanych przez wykonawców wraz z ofertą treści tych dokumentów, które mają istotne znaczenie dla przebiegu postępowania. Takim dokumentem jest właśnie umowa konsorcjum z niej, bowiem wynika sposób reprezentacji podmiotów działających wspólnie, a tym samym choćby prawidłowość złożenia oferty. Zamawiający wskazuje także na zapisy umowy konsorcjum, a szczególności na § 2 ust. 3 umowy statuującej w jego przekonaniu rozszerzony zakres solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów. Podniósł ponadto, że udzielona gwarancja wadialna zabezpiecza w pełni jego interesy, gdyż wymaga jedynie złożenia oświadczenia pisemnego przez Zamawiającego, bez konieczności dowodzenia zaistnienia zdarzenia dodatkowymi dowodami, czy uzasadnieniem.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Ustanowiony lider konsorcjum miał upoważnienie do działania w imieniu całego Konsorcjum w zakresie gwarancji wadialnej. Zapis taki wynika z załączonej do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu umowy o powołaniu Konsorcjum - § 4 pkt. 1 ppkt. B umowy „wadium w całości wniesie RODEX”. Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium wnoszone było wspólnie przez wykonawców, a w treści gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej byli wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie składający ofertę.

Przedłożona przez Konsorcjum Rodex gwarancja ubezpieczeniowa wyraźnie wskazuje rodzaj postępowania, którego dotyczy oraz warunki, odpowiadające treści art. 46 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz U z 2006r. Nr 164 poz. 1163 z późn.zm), po których ziszczeniu się beneficjent uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta. Gwarancja ta zabezpieczając ofertę w konkretnym postępowaniu, nie uzależnia przy tym w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności czy Konsorcjum Rodex występuje jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum.

Zgodnie z umową konsorcjum Rodex sp. z o.o. jest Liderem upoważnionym i zobowiązanym do podpisania umowy o zamówienie publiczne, do wniesienia wadium jak i zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W gestii Lidera pozostaje zatem decyzja o odpisaniu umowy na warunkach określonych we wspólnej ofercie, obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i związane z odmową dokonania tych czynności ryzyko utraty wadium na rzecz Zamawiającego. Jeśli umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez Lidera Konsorcjum. Okoliczność, że gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona jest na Lidera Konsorcjum nie ma żadnego wpływu na prawo Zamawiającego do zatrzymania wadium (tak też Zespół Arbitrów w wyrokach z 27.04.2006r. UZP/ZO/0-1178/06 i z 27.04.2006r. UZP/ZO/0-1146/06.). Brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy partnera nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji.

Należy zważyć, że art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje, że do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy odpowiednio. Takie uregulowanie uwzględnia istotę konsorcjum, które jest zawierany przez przedsiębiorców ad hoc porozumieniem celowym. Konsorcjum pozbawione jest przymiotu podmiotowości prawnej, a przez to niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej.

Gwarancja taka może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum. Istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest to, że jest to umowa zawierana na rzecz osoby trzeciej, często bez jej wiedzy i zgody. Ma gwarantować zabezpieczenie interesów Zobowiązanego na wypadek gdyby w stosunku istniejącym pomiędzy nim, a beneficjentem gwarancji nastąpiły zdarzenia wymienione w gwarancji. Nie jest zatem tak, jak argumentował Odwołujący, że gwarancja wadialne wywiera skutek tylko pomiędzy Zobowiązanym, a Gwarantem. Również Kodeks cywilny zna sytuacje, w których osoba trzecia nie będąca stroną umowy może być objęta stosunkiem zobowiązaniowym istniejącym na mocy takiej umowy – powołać należy choćby umowę przekazu, czy treść art. 393 kc. Z abstrakcyjnego charakteru zobowiązania gwaranta wywodzona jest w orzecznictwie niedopuszczalność powoływania się przez gwaranta na zarzuty wynikające ze stosunku pomiędzy beneficjentem gwarancji a zleceniodawcą. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w uchwale 7 sędziów z dnia 16 kwietnia 1993 r. (III CZP 16/93, OSN 1993, nr 10, poz. 166) stwierdził, iż: „bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powoływać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona.” (podobnie SN w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, nr 10, poz. 135); zob. także glosę G. Tracza, PB 1996, nr 2, s. 74-83).

Istotne jest również, że gwarancja ubezpieczeniowa udzielona na rzecz Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest gwarancją bezwarunkową, charakteryzującą się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze wezwanie beneficjenta. Zapłata sumy gwarancyjnej nie zależy, więc od tego czy zasadne jest żądanie beneficjenta.

Rację zatem należy przyznać Zamawiającemu, że z faktu solidarnej odpowiedzialności, oraz z tego, że w gwarancji przewidziano zapłatę wadium na rzecz Zamawiającego z każdej przyczyny leżącej po stronie Zobowiązanego, tak umyślnej jak i nieumyślnej (a więc zależnej np. od partnera Zobowiązanego) mógł on wywieść, że gwarancja zabezpiecza w sposób pełny jego interesy także w przypadku, gdy nie zostali w niej wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum. Dodatkowo należy wskazać, że ustawa Prawo zamówień publicznych precyzując w art. 45 ust. 6 formy w jakich dopuszczalne jest wnoszenie wadium zabezpieczające ofertę, w żadnym z przepisów nie wymaga, by wniesione ono było przez konkretny podmiot.

W przedmiotowym postępowaniu również Zamawiający nie określił w SIWZ szczególnych zasad wnoszenia wadium w postaci gwarancji, skupiając się raczej na jej

treści. Nie wymagał również, aby wykonawcy składający wspólną ofertę wnosili wspólnie wadium.

Nadto wskazać należy, że zgodnie z art. 23 ust. 1-3 p.z.p. wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia. Wykonawcy tacy są zobowiązani ustanowić pełnomocnika, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Przepisy pzp dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są wprawdzie lakoniczne, ale w ocenie Izby przepis art. 23 p.z.p. nie nakłada na wykonawców obowiązku wnoszenia wadium przez każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

Z art. 23 p.z.p. wynika, że wykonawcy tacy powinni być traktowani jako jeden wykonawca. Wskazać należy, że w umowie konsorcjum wskazano, że uczestnicy konsorcjum są solidarnie odpowiedzialni za realizację umowy (§ 2 pkt. 3 umowy) oraz, że pozostaną w konsorcjum przez cały okres realizacji (§ 1 pkt 1.2 umowy i § 5 pkt. 2 umowy), Zgodnie z § 2 pkt. 2 umowy Uczestnicy Konsorcjum będą ze sobą współpracować na zasadzie wyłączności i żaden z uczestników Konsorcjum nie ma prawa samodzielnie składać oferty ani jej części Zamawiającemu lub innym oferentom. W świetle tych zapisów nie ma przeszkód do uznania (art. 366 i 370 k.c. w zw. z art. 14 pzp.), że członkowie konsorcjum odpowiadali także za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty w postępowaniu jest równoznaczne, bowiem z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 kc powodującego powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy. W ocenie Izby oferta została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, pomimo iż w jej treści uwidoczniony został tylko PPHU Rodex sp. z o.o. W tym zakresie Izba podziela stanowiska Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006r. sygn. Akt II Ca 489/06 i Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 7 września 2005r. sygn. Akt VI Ca 527/05.

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 89 usyt. 1 pkt. 5 pzp, art. 91 ust. 1 pzp.

O kosztach postępowania Izba rozstrzygnęła stosownie do jego wyniku na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*