

Sygn. akt: KIO 810/11

## WYROK

z dnia 4 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 kwietnia 2011 r.** przez wykonawcę **SOBET S.A. z siedzibą w Brzegu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Krośnie Sp. z o.o. z siedzibą w Krośnie.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. z siedzibą w Krośnie** i **Eko Service Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chrzanowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **SOBET S.A. z siedzibą w Brzegu** i :

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SOBET S.A. z siedzibą w Brzegu** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **SOBET S.A. z siedzibą w Brzegu** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Krośnie S.A. z siedzibą w Krośnie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Krośnie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Krośnie Sp. z o.o., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej miasta Krosna- etap I”, Zadanie nr 4 - „Modernizacja głównych kolektorów kanalizacji sanitarnej”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 08.04.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach. Za najkorzystniejszą uznano i wybrano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. z siedzibą w Krośnie i Eko Service Sp. z o.o. sp. k. w Chrzanowie (zwanych dalej „Konsorcjum Krosno”). Kolejnymi ofertami, którym w ramach oceny ofert przyznano najwyższą liczbę punktów były oferty: (1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Melioracyjnych Sp. z o.o. w Jaśle i Zbigniew Świerkot prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego Zbigniew Świerkot we Wrocławiu (zwanych dalej „Konsorcjum Jasło”); (2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rabmer Polska Sp. z o.o. w Bydgoszczy i Rabmer Rohrtechnik GmbH w Altenberg, Austria (zwanych dalej „Konsorcjum Rabmer”); (3) SOBET S.A. w Brzegu.

W dniu 18.04.2011 r. SOBET S.A. wniosła odwołanie od ww. czynności zamawiającego domagając się wykluczenia z postępowania wyżej wymienionych wykonawców, których oferty zostały ocenione wyżej niż jej oferta.

Odwołujący zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 45 ust. 1, 3 i 6 oraz art. 46 ust. 4a i 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawców pomimo braku zabezpieczenia ich ofert ważnym i zgodnym z wymaganiami ustawy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wadium.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, iż ww. wykonawcy, których odwołanie dotyczy nie dochowali wymogu wniesienia wadium określonego w siwz (Część I: Instrukcja dla Wykonawców (IDW) z załącznikami, pkt 11.2: Forma wadium). Wynika to z faktu, że złożone przez nich gwarancje zapłaty wadium nie odpowiadają bądź to przepisom ustawy, bądź wymogom wskazanym w siwz, a w konsekwencji zamawiający zobowiązany był do wykluczenia przedkładających je wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do poszczególnych wykonawców wskazano:

#### I. Konsorcjum Krosno

1. Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr GWo/133/2010-061-19-01-00 z dnia 31.01.2011 r. wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie, Oddział PZU S. A. w Krośnie, na zlecenie Spółki Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. dla Zamawiającego, tj. Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Krośnie Sp. z o.o., wskazuje jako Oferenta, tj. zobowiązanego z gwarancji, jedynie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S. A., tj. Lidera Konsorcjum, w skład którego wchodzi także, jako Partner Konsorcjum, spółka EKO-SERVICE Sp. z o. o. Sp. k. Tak udzielona gwarancja wadialna nie spełnia warunków określonych w Części I pkt 11.2 siwz, w myśl których *„Wadium wnoszone przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest wnoszone w imieniu i na rzecz całego konsorcjum i może być wnoszone przez dowolny podmiot, jednak winno jako zobowiązanego oznaczać wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”*.

W orzecznictwie wskazano, że wystawienie gwarancji wyłącznie na jednego z uczestników konsorcjum ubiegającego się o dane zamówienie jest wystarczające dla skutecznego złożenia wadium tylko w sytuacji, gdy „warunki siwz, czy sama treść udzielonej gwarancji nie zawierają szczególnych, odmiennych postanowień w tym względzie” (wyrok KIO/UZP 903/09). W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane obowiązywały zaś takie szczególne, odmienne postanowienia dotyczące gwarancji wadialnej, w postaci cytowanego powyżej zapisu SIWZ, nakazującego oznaczenie w dokumencie gwarancji jako zobowiązanego wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie podkreślono, że *„istotne znaczenie z punktu oceny spełnienia wymogu wniesienia wadium ma sposób zdefiniowania w dokumencie ubezpieczeniowej gwarancji „Zobowiązanego”. Zamawiający może bowiem wykonywać swoje uprawnienia z wadium, jeżeli uchybień, o której wyżej mowa dopuściłby się zobowiązany. (...) Wobec wadliwego oznaczenia Zobowiązanego, przedmiotowa gwarancja jest*

*nieegzekwowalna. Dlatego nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń Zamawiającego"* (Wyrok KIO/UZP 69/09) Również w doktrynie wyrażono pogląd, że w dokumencie wadialnym (gwarancja, poręczenie) powinno być wyraźnie wskazane, w imieniu jakich podmiotów wadium jest wnoszone. Brak wskazania wykonawców wspólnie składających ofertę powoduje trudność w przypisaniu wadium do konkretnej oferty. Co więcej, wystawca dokumentu wadialnego, w którym nie wskazano wszystkich wykonawców, w imieniu których wadium jest wnoszone, może uniknąć konieczności zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji czy poręczenia. W takim przypadku wątpliwe jest zatem zabezpieczenie interesów zamawiającego (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, CH Beck, 2009, str. 201).

2. W ww. gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/133/2010-061-19-01-00 z dnia 31.01.2011 r. podano nieprawidłową nazwę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, że „Gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, znak sprawy-2011/S 3-004725 dot. przetargu na „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej miasta Krosna- etap I. Zadanie nr 4- Modernizacja głównych kolektorów kanalizacji sanitarnej”. Prawidłowy nr referencyjny, nadany sprawie przez Zamawiającego, jaki powinien być zamieszczony w gwarancji, to: JRP-DZ-2300-26/JRP/2010. Błąd ten stanowi naruszenie obowiązku podania dokładnej nazwy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego wymaga Zamawiający w Części I SIWZ, punkt 11.2 ppkt 2) lit. c).

3. Niedopuszczalnym było również określenie w § 4 pkt. 4 ww. gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/133/2010-061-19-01-00 z dnia 31.01.2011 r. przypadku jej wygaśnięcia związanego ze zwrotem oryginału dokumentu gwarancji Gwarantowi przez Beneficjenta przed upływem terminu obowiązywania gwarancji. Zasadą jest bowiem, że zobowiązania wynikające z gwarancji wygasają z dwóch powodów, którymi są: upływ terminu obowiązywania gwarancji oraz zapłata sumy gwarancyjnej, przez co następuje zaspokojenie roszczeń beneficjenta. Wszelkie inne przypadki wygaśnięcia gwarancji wadialnej należy formułować z dużą ostrożnością, mając na względzie zasadę ciągłości zabezpieczenia wadium pełnego okresu związania ofertą, z której to zasady wynika, że gwarancja powinna mieć charakter terminowy i nie może być odwoływalna. W doktrynie wskazano, że równoznaczne z niewniesieniem wadium jest zamieszczenie w treści dokumentu gwarancji wadialnej klauzul pozwalających na odwołanie gwarancji bądź klauzul powodujących wygaśnięcie gwarancji w przypadku zwrotu oryginału dokumentu gwarancji.

## II. Konsorcjum Jasło

1. Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr GWo/13 8/2011-061-19-01-00 z dnia 24.02.2011 r. zawiera błędy w określeniu Oferenta (uczestnika przetargu). Po pierwsze, nie wskazuje nazwy konsorcjum firm „Konsorcjum Jasło” (taka nazwa widnieje w formularzu ofertowym przedłożonym przez ww. Wykonawcę). Po drugie zaś, ww. gwarancja nie wskazuje pełnej nazwy Partnera Konsorcjum, tj. nazwy „Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego Zbigniew Świerkot”. Taka nazwa widnieje zarówno w formularzu ofertowym, jak i w zaświadczeniu z ewidencji działalności gospodarczej Zbigniewa Świerkota. W dokumencie gwarancji pominięto część nazwy, tj. imię i nazwisko „Zbigniew Świerkot”, podając jako nazwę Partnera Konsorcjum jedynie oznaczenie „Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego” ze wskazaniem adresu. Należy mieć na uwadze, że przepis art. 43<sup>4</sup> Kodeksu cywilnego wyraźnie wskazuje, iż firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko; te dwa elementy stanowią zaś obligatoryjny element (rdzeń) firmy przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną. W myśl kodeksowej definicji, jak i poglądów doktryny, imię i nazwisko stanowi zatem firmę, pod jaką działa wykonawca, będący osobą fizyczną, a inne określenia, w tym przypadku „Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego” stanowią jedynie element tej firmy.

W przedmiotowej sprawie gwarancja ubezpieczeniowa załączona do oferty wskazuje, że zobowiązany jest Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Sulmierzyckiej 1-3. Skoro dokument ten nie wskazuje na Zbigniewa Świerkota, który jest wykonawcą w myśl przytoczonych przepisów, to uznać należy, iż wykonawca ten nie zabezpieczył oferty wadium. Już w orzecznictwie Zespołu Arbitrów ugruntował się pogląd, że dokument gwarancji dotknięty taką wadliwością nie stanowi zabezpieczenia interesów Zamawiającego (wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/01611/06).

2. Ww. gwarancja wadialna zawiera także istotną nieprawidłowość w określeniu dokładnej nazwy konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Część I siwz zatytułowana „Instrukcja dla Wykonawców” w pkt. 11.2. ppkt 2) lit. c) stawia wymóg podania w gwarancji bankowej/ ubezpieczeniowej „dokładnej nazwy niniejszego postępowania” i wskazania sumy gwarancyjnej.

Przedmiotem niniejszego postępowania, którego dotyczy odwołanie, jest udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej miasta Krosna - etap I” Zadanie nr 4 - „Modernizacja głównych kolektorów kanalizacji sanitarnej”, nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego JRP-DZ-2300-26/JRP/2010 (takie oznaczenie przedmiotu postępowania znajduje się w nagłówku SIWZ).

W dokumencie gwarancji przedłożonym przez Konsorcjum Jasło nie spełniono ww. wymogu podania dokładnej nazwy postępowania. W gwarancji wskazano bowiem „Gwarancja stanowi

zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nr referencyjny sprawy JRP-DZ-2300-26/JRP/2010 z dnia 07.02.2011 dot. przetargu na „Modernizacja głównych kolektorów kanalizacji sanitarnej”, ogłoszonym przez Beneficjenta”. Nie podano zatem dokładnej nazwy niniejszego postępowania. Ponadto Wykonawca błędnie powołuje datę 07.02.2011 r., nie jest to bowiem ani data ogłoszenia o zamówieniu, ani data publikacji SIWZ. Nie sposób zatem precyzyjnie określić, jakiego postępowania dotyczy zobowiązanie Gwaranta do zapłaty sumy gwarancyjnej, co stwarza zagrożenie dla prawidłowego zabezpieczenia interesów Zamawiającego.

3. Niedopuszczalnym było również określenie w § 4 pkt. 4 ww. gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/138/2011-061-19-01-00 z dnia 24.02.2011 r. przypadku jej wygaśnięcia związanego ze zwrotem oryginału dokumentu gwarancji Gwarantowi przez Beneficjenta przed upływem terminu obowiązywania gwarancji. Zasadą jest bowiem, że zobowiązania wynikające z gwarancji wygasają z dwóch powodów, którymi są: upływ terminu obowiązywania gwarancji oraz zapłata sumy gwarancyjnej, przez co następuje zaspokojenie roszczeń beneficjenta. Wszelkie inne przypadki wygaśnięcia gwarancji wadialnej należy formułować z dużą ostrożnością, mając na względzie zasadę ciągłości zabezpieczenia wadium pełnego okresu związania ofertą, z której to zasady wynika, że gwarancja powinna mieć charakter terminowy i nie może być odwoływalna. W doktrynie wskazano, że równoznaczne z niewniesieniem wadium jest zamieszczenie w treści dokumentu gwarancji wadialnej klauzul pozwalających na odwołanie gwarancji bądź klauzul powodujących wygaśnięcie gwarancji w przypadku zwrotu oryginału dokumentu gwarancji .

### III. Konsorcjum Rabmer

1. Gwarancja przetargowa nr 611.104 z dnia 26.01.2011 r. (dokument sporządzony w języku angielskim, wraz z tłumaczeniem na język polski dokonany przez tłumacza przysięgłego) wskazuje jako Klienta, tj. zobowiązanego z ww. gwarancji, jedynie spółkę Rabmer Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, tj. Lidera Konsorcjum, w skład którego wchodzi także, jako Partner Konsorcjum, spółka Rabmer Rohrtechnik GmbH z siedzibą w Altenberg (Austria). Spółka Rabmer Polska Sp. z o. o., nazywana w treści ww. gwarancji „Klientem”, jest jedynym zobowiązanym z ww. gwarancji, na co wprost wskazuje zapis „do każdego Żądania Zapłaty (...) należy dołączyć oświadczenie Beneficjenta, stwierdzające, że Klient nie dotrzymał warunków określonych w swojej jego ofercie”. Zatem w przypadku i tego Wykonawcy, podobnie jak w dokumencie gwarancji przedłożonym przez wybranego Wykonawcę, naruszono zapis Części I pkt 11.2 SIWZ, w myśl którego „Wadium wnoszone przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest wnoszone w imieniu i

na rzecz całego konsorcjum i może być wnoszone przez dowolny podmiot, jednak winno jako zobowiązanego oznaczać wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia co uzasadniono już wyżej.. Odwołujący ponadto wskazuje, że wystawienie gwarancji nr 611.104 z dnia 26.01.2011 r. wyłącznie na jednego z uczestników konsorcjum ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie jest w tej sytuacji niewystarczające dla skutecznego złożenia wadium, i to z dwóch powodów:

- po pierwsze, ze względu na wyraźnie sprecyzowany w treści siwz wymóg oznaczenia jako zobowiązanego wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- po drugie zaś, ze względu na ograniczenie uprawnienia zamawiającego do wykonywania jego uprawnień z wadium wyłącznie do sytuacji niedotrzymania warunków oferty przez Lidera Konsorcjum (cytowany zapis: „do każdego Żądania Zapłaty (...) należy dołączyć oświadczenie Beneficjenta, stwierdzające, że Klient nie dotrzymał warunków określonych w swojej jego ofercie” - jak już uprzednio wskazano, określenie „Klient” odnosi się w treści ww. gwarancji wyłącznie do Spółki Rabmer Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, tj. Lidera Konsorcjum). Przedmiotowa gwarancja nie zabezpiecza zatem w żaden sposób ewentualnych roszczeń Zamawiającego wobec uchybień Partnera Konsorcjum.

2. Sumę gwarancyjną oznaczono w gwarancji przetargowej nr 611.104 z dnia 26.01.2011 r. w walucie euro i w tej walucie Gwarant zobowiązał się do zapłaty. Zapis ten jest niezgodny z postanowieniem Części I pkt. 13 siwz, że „wszelkie rozliczenia związane z realizacją zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsza SIWZ, dokonywane będą w PLN”. Również w doktrynie podkreślono słuszność poglądu, że suma gwarancyjna powinna być wyrażona w złotych polskich, co wynika z obowiązywania zasady walutowości (art. 358 KC).

3. Z przedmiotowej gwarancji w żaden sposób nie wynika zobowiązanie Gwaranta do zapłaty wadium w razie spełnienia przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Jedyne zapis odnoszący się do sytuacji skutkującej obowiązkiem zapłaty wadium ma nieprecyzyjne brzmienie: „do każdego Żądania Zapłaty (którego nie należy przysyłać e-mailem, telexem lub faksem) należy dołączyć oświadczenie Beneficjenta, stwierdzające, że Klient nie dotrzymał warunków określonych w swojej jego ofercie”. Zatem nawet gdyby uznać, że zapis ten pokrywa się znaczeniowo z przesłanką określoną w art. 46 ust. 5 pkt 1 PZP (co jest wątpliwe), to treść gwarancji nadal nie spełnia wymogu wskazania pozostałych przesłanek zatrzymania wadium, tj. przesłanek z art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 2 i 3 PZP. W orzecznictwie wskazano, że *„Dokument potwierdzający wniesienie wadium należy rozpatrywać biorąc pod uwagę ściśle jego brzmienie. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie zabezpieczonego rezultatu. Następuje to poprzez wskazanie stanu rzeczy, którego zaistnienie jest powodem żądania zapłaty przez beneficjenta. Brak faktycznego wymienienia*



*w treści gwarancji dwóch spośród czterech przesłanek realizacji wadium obliuguje zamawiającego do uznania, że wadium nie zostało wniesione. W konsekwencji zamawiający ma prawo wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy" (Wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 594/09) Wskazano także, że za prawidłowo wniesione wadium należy uznać „jedynie takie wadium, które zabezpiecza możliwość jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy, tj. zarówno w ustępie 4a, jak i 5 tego przepisu. Celem regulacji ustawowej jest właśnie zapewnienie i zabezpieczenie uprawnień zamawiającego poprzez konsekwencję przypadku wadium w przypadku zaistnienia określonych w powołanych ww. przepisach działań lub zaniechań wykonawców (...) W sytuacji, gdy w treści gwarancji wskazuje się na konkretne przypadki zatrzymania wadium, uznać należy, że są to, w braku odmiennych, przypadki stanowiące enumeratywne, tj. pełne wyliczenie" (Wyrok KIO/UZP 28/10). Innymi słowy, jeżeli w treści dokumentu gwarancji zdecydowano się określić zakres sytuacji skutkujących obowiązkiem wypłaty sumy gwarancyjnej nie poprzez ogólne odesłanie do przepisów art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, a poprzez wskazanie na konkretne przypadki zatrzymania wadium - wówczas brak wskazania któregośkolwiek z tych przypadków, określonych we wskazanych przepisach Pzp, przesądza o nieprawidłowości wadium. Mamy bowiem wówczas do czynienia z brakiem wadium umożliwiającym zaspokojenie się zamawiającego w przypadku wystąpienia wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 46 Pzp.*

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz gwarancje wadium przedłożone wraz z ofertami przez wykonawców, których dotyczą zarzuty odwołania, a także stanowiska i oświadczenia złożone przez strony i uczestnika na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Postanowienia siwz oraz treść gwarancji wadium, a także pozostałe okoliczności faktyczne sprawy zostały prawidłowo powołane w odwołaniu oraz zostały zreferowane powyżej.

Izba dodatkowo wskazuje, iż obok gwarancji złożonej przez Konsorcjum Krosno, również gwarancja przedłożona przez Konsorcjum Jasło jest gwarancją ubezpieczeniową wystawioną przez PZU S.A. w Warszawie, natomiast gwarancja załączona do oferty Konsorcjum Rabmer została wystawiona przez bank Reiffeisenlandesbank Oberosterreich A.G. z Austrii.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium [...]. Dodatkowo przepisy art. 45 ust 3 i 4 ustawy stanowią, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a kwota wadium określona przez zamawiającego nie może być większa niż 3% wartości zamówienia. Natomiast ust. 6 powołanego przepisu wskazuje, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) [...]

W ust. 7 art. 45 Pzp zaznaczono, iż wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Przepis art. 46 ust. 4a ustawy stanowi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Ponadto zamawiający zgodnie z ust. 5 art. 46 Pzp zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odnosząc się do podkreślanego przez odwołującego znaczenia postanowień siwz dla wnoszenia wadium przez wykonawców (w tym przypadku znaczenia wymagań co do treści gwarancji) Izba wskazuje, iż w świetle powołanych przepisów, 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. Jakikolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego stawiane w treści siwz odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych... etc., nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy. Wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacjami, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. Natomiast każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. *A contrario* tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przypadku, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2).

Inaczej: prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w siwz, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne.

Tym samym w taki sposób należało ocenić znaczenie postanowień Części I pkt 11.2 siwz powoływanych przez odwołującego. Bez znaczenia jest więc ustalanie do jakich form wadialnych ww. postanowienia siwz się odnoszą (co było przedmiotem sporu pomiędzy stronami).

Na potwierdzenie powyższego można powołać wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29.09.2008 r sygn. akt X GA 260/08, gdzie sąd wskazał, iż na ważności wadium i skuteczności jego wniesienia może w określonych przypadkach nie wpłynąć nawet niewypełnienie wszystkich wymagań ustawowych w tym przedmiocie (konkretnie bezgotówkowego wniesienia wadium w pieniądzu) – co należy zestawić ze znaczeniem wymagań siwz odnoszących się do sposobu wnoszenia czy kształtu wadium.

Następnie, odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących nieprawidłowości wystawionych gwarancji w związku z określeniem „zobowiązanych” z gwarancji i związanym z tym brakiem możliwości

zaspokojenia się z tak sformułowanych gwarancji przez zamawiającego, Izba wskazuje, iż jak stwierdzono wyżej, fakt sformułowania danych postanowień siwz nie wpływa na ocenę słuszności i zmianę poglądu ustalonego w orzecznictwie od początku obowiązywania ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza i sądy okręgowe konsekwentnie stoją na stanowisku, iż generalnie prawidłowo wniesione jest wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w której treści jako zlecającego jej wystawienie lub jako podmiot, którego zaniechania opisane w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp stanowią podstawę spełnienia wynikających z gwarancji zobowiązań, wskazano tylko jednego wykonawcę, który następnie ubiegał się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami (w tzw. konsorcjum). Można w tym zakresie wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 01.10.2007 r. syng. Akt XIX Ga 408/07 oraz powołać co najmniej kilkanaście wyroków Izby (np. wyrok z dnia 29.07.2009 r. sygn. akt 903/11).

Dodatkowo formułując argumentację w tym zakresie można odwołać się do regulacji dotyczących gwarancji bankowej (jakkolwiek w odwołaniu zarzuty dotyczą gwarancji ubezpieczeniowych oraz gwarancji banku zagranicznego, jednakże można do nich odnieść analogiczne mechanizmy w zakresie powstawania zobowiązania gwarancyjnego i podstaw jego spełnienia). Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Tak więc gwarancja bankowa jest zobowiązaniem w ramach którego gwarant (bank - wystawca gwarancji) zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji (w tym przypadku zamawiającego) w przypadku spełnienia przesłanek w treści gwarancji wskazanych. W żadnym razie zobowiązaniem z gwarancji nie jest wykonawca zlecający wystawienie gwarancji. Wykonawcę z bankiem łączy inny stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego banku-gwarant zobowiązał się wystawić gwarancję na rzecz zamawiającego-beneficjenta gwarancji. Nie istnieje również żaden węzeł zobowiązaniowy łączący w ramach gwarancji wykonawcę z zamawiającym, tzn. z tytułu złożonej mu gwarancji wadialnej zamawiający nie ma żadnych roszczeń do wykonawcy. Od wykonawcy jednak zależy powstanie okoliczności faktycznych opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp warunkujących zapłatę wadium, po których zaistnieniu zamawiający będzie mógł domagać się od wystawcy gwarancji sumy gwarantowanej.

W ślad za powoływanym orzecznictwem należy podkreślić, iż okoliczności takie zaistnieją również w stosunku do wykonawcy jedynie wskazanego w treści gwarancji, nawet jeżeli od swoich obowiązków związanych ze złożeniem oferty uchylą się jego niewymienieni w treści gwarancji współkonsorcjanci.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro więc obowiązki wynikające z

art. 46 ust. 4a i 5 Pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. Tranzytywność obowiązków ustawowych i odpowiedzialność za ich niedopełnienie jest w tym przypadku następująca: umowę w sprawie zamówienia można zawrzeć jedynie z wykonawcą (wykonawcami) wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 10 ust. 1 Pzp); tym samym w przypadku gdy np. jeden z konsorcjantów uchyła się od jej zawarcia na warunkach określonych w ofercie (art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp) nie można zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia do czego się zobowiązywali składając wspólnie ofertę; a więc od zawarcia zgodnej z przepisami ustawy uchylają się wszyscy wykonawcy (wykonawca) składający ofertę na warunkach w niej określonych. Można wskazać, iż zamawiający wzywa do podpisania umowy wszystkich wykonawców łącznie i poza jego zainteresowaniem pozostaje, z przyczyny którego z nich zawarcie umowy nie może nastąpić – skutek jest w tym przypadku zawsze ten sam – wykonawcy (w tym i wykonawca wskazany w gwarancji) ważnej umowy w sprawie zamówienia nie zawarli, nieważne jest w tym przypadku z jakich przyczyn uchylił się od podpisania umowy w sprawie zamówienia. Termin „podpisanie” użyty w ww. przepisie nie należy rozumieć technicznie jako podpisanie umowy, ale jako zaciągnięcie zobowiązania umownego, a takowe mogą wykonawcy zaciągnąć w tym przypadku tylko wspólnie.

Podobnie, na zasadzie obciążenia skutkami zaniechań jednego wykonawcy wszystkich pozostałych wspólnie z nim składających ofertę, rozpatrywać należy pozostałe przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Odnosząc powyższe do konstrukcji kwestionowanych gwarancji wadialnych, czy nawet dominującego kształtu gwarancji występujących w obrocie, wskazać można, iż gwarant nie będzie miał żadnych podstaw do odmówienia płatności z tytułu gwarancji, gdy zamawiający złoży mu oświadczenie, o którym mowa w gwarancji. Ponadto na marginesie można wskazać, iż w tego typu gwarancjach przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest wystąpienie okoliczności, o których mowa w przepisach ustawy, ale złożenie przez zamawiającego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły.

Powyższe wyczerpuje zarzuty odwołania dotyczące braku oznaczenia w dokumentach gwarancyjnych złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Konsorcja Krosno, Jasło i Rabmer, wszystkich wykonawców składających wspólnie ofertę i przesądza o braku podstaw do wykluczenia wykonawców z tych powodów.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego podania nazwy postępowań w gwarancjach ubezpieczeniowych złożonych przez Konsorcjum Krosno i Konsorcjum Jasło Izba stwierdza, iż w przedmiotowych przypadkach nie zachodzą żadne wątpliwości jakich postępowań rzeczono gwarancje dotyczą.

Ponadto Izba wskazuje, iż zawarcie w gwarancjach klauzuli przewidującej ich wygaśnięcie w przypadku zwrotu do gwaranta oryginału dokumentu gwarancji jest standardową klauzulą w gwarancjach

wadialnych i w żaden sposób nie narusza interesów zamawiającego czy też nie wpływa na możliwość uzyskania przez niego kwoty wadium. Należy podkreślić, iż to zamawiający jest posiadaczem oryginałów gwarancji, i to zamawiający musiałby dobrowolnie wyzbyć się gwarantującego wadium dokumentu.

W przedmiocie zarzutu podania w gwarancji przedstawionej przez Konsorcjum Jasło niepełnej firmy pod jaką p. Zbigniew Świerkot prowadzi działalność gospodarczą, tj. wskazania jedynie nazwy Zakład Instalacji Sanitarnych i Budownictwa Drogowego we Wrocławiu, Izba potwierdza, iż w treści ww. gwarancji nie podano pełnej nazwy przedsiębiorcy ubiegającego się o zamówienie. Określono jednak część jego nazwy oraz podano adres jego siedziby, a także powołano się na umowę Konsorcjum z dnia 17.01.2011 r., w której wykonawca był stroną. Powyższe pozwala zidentyfikować podmiot w gwarancji wskazany i nie prowadzi do żadnych wątpliwości, co do okoliczności, których gwarancja dotyczy. Biorąc pod uwagę restrykcyjne regulacje prawne dotyczące prowadzenia działalności ubezpieczeniowej czy zasady współżycia społecznego i zwyczaje handlowe panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, w sposób nie budzący wątpliwości można przyjąć, iż PZU S.A. wystawiając przedmiotową gwarancję, w dobrej wierze, której domniemanie należy przyjąć, zobowiązała się do wypłaty kwoty gwarantowanej na pisemne żądanie określonego beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności niezależnie od własnego błędu w oznaczeniu firmy pod którą osoba fizyczna prowadzi działalność gospodarczą. Tym samym tego typu błąd w gwarancji nie prowadzi w tym przypadku do niemożliwości uzyskania kwoty gwarantowanej przez zamawiającego w sytuacjach w ustawie określonych i nie uzasadnia stwierdzenia braku przedłożenia ważnego wadium przez Konsorcjum Jasło, a tym samym brak podstaw do zastosowania dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w tym przypadku.

Reasumując, zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum Krosno i Konsorcjum Krosno z postępowania Izba uznała w całej rozciągłości za niezasadne.

Izba potwierdziła natomiast zarzut dotyczący gwarancji przedłożonej przez Konsorcjum Rabmer, a sprowadzający się do zakwestionowania zakresu zabezpieczenia, którego gwarancja dotyczy. Wynikające z treści gwarancji zobowiązanie do zapłaty kwoty gwarantowanej w przypadku gdy wykonawca składający ofertę (klient) nie dotrzymał warunków określonych w jego ofercie, nie odpowiada w pełni okolicznościom, których wadium zabezpieczenie stanowi. O ile dokonując nazbyt rozszerzającej wykładni zakresu niniejszego zobowiązania banku-gwaranta przyjąć można, iż niewypełnienie warunków oferty stanowi zabezpieczenie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 pkt 1 i 2 Pzp, czyli niewypełnienia zobowiązań ze złożenia oferty bezpośrednio wynikających, to w jakimkolwiek wypadku

trudno uznać, iż powyższe odnosi się również do okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 3 ustawy.

Fakt nieobjęcia zakresem gwarancji wszystkich okoliczności, które winny być zabezpieczone w świetle ww. przepisów ustawy stanowi podstawę uznania braku przedłożenia ważnego wadium i podstawę zastosowania w takim przypadku art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w celu wykluczenia z postępowania wykonawcy wnoszącego wadium tego typu.

Jednakże wobec uznania niezasadności zarzutów dotyczących Konsorcjów Krosno i Jasło oraz nie uwzględnienia żądań ich wykluczenia z postępowania, potwierdzenie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Rabmer nie mogło w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp stanowić podstawy uwzględnienia odwołania w związku z brakiem wpływu na jego wynik.

Natomiast odnosząc się do zakwestionowania wadium Konsorcjum Rabmer w związku z walutą w jakiej wyrażono wysokość zobowiązania gwarancyjnego, Izba wskazuje, iż w polskim systemie prawa cywilnego brak już zasady walutowości, którą zdaje się odwołujący ma na myśli jako wynikającą z art. 358 Kodeksu cywilnego. Obecnie obowiązujący przepis § 1 art. 358 Kc stanowi, iż w przypadku gdy przedmiotem zobowiązania jest suma pieniężna wyrażona w walucie obcej, dłużnik może spełnić świadczenie w walucie polskiej, chyba że ustawa, orzeczenie sądowe będące źródłem zobowiązania lub czynność prawna zastrzega spełnienie świadczenia w walucie obcej.

Wydając wyrok Izba nie uwzględniła dowodów przedłożonych przez zamawiającego: Oświadczenia Zarządu Spółki o intencjach i zamiarach, jakimi kierował się zamawiający sporządzając siwz - stanowiącego zwykłą deklarację zamawiającego oraz Opinii brokera ubezpieczeniowego - stanowiącej w istocie rozważania prawne osoby pod nią podpisanej; jako zbędnych do rozstrzygnięcia sprawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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:** .....