

**Sygn. akt: KIO/UZP 1272/09**

**WYROK**  
**z dnia 17 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:     Andrzej Niwicki**

**Członkowie:           Lubomira Matczuk – Mazuś**  
**Izabela Niedziałek - Bujak**

**Protokolant:         Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120** protestu z dnia 7 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., (pełnomocnik wykonawców – lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego Mazowieckie Mosty Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., Planeta Sp. z o.o., 42-400 Zawiercie, ul. Okólna 10**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1.Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a,** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, ul. Chmielna 120,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Odwołujący – Warbud S.A. z/s w Warszawie uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wybór wykonawcy „Przebudowy ul. Andersa – etap I – przebudowa wiaduktów nad torami PKP i ul. Słomińskiego” zarzucił Zamawiającemu, którym jest Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę oferty złożonej przez wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Budownictwa Lądowego Mazowieckie Mosty sp. z o. o. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o. o., Planeta sp. z o. o., zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z postępowania względnie zaniechanie odrzucenia tej oferty jako sprzecznej z SIWZ oraz uznanie tej oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum, powtórzenia badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum z postępowania na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz pkt 8.9 SIWZ względnie odrzucenia oferty konsorcjum jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz dokonanie ponownego wyboru oferty.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca nie wniósł wadium w sposób wymagany ustawą i SIWZ. Wskazał, że złożona gwarancja wadialna nr 3017553/8401 zabezpiecza roszczenia jakie Zamawiający może mieć wyłącznie względem Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o. o. Gwarancja ta w pierwszym akapicie definiuje osobę klienta, na zlecenie którego ubezpieczyciel – gwarant, wystawiło gwarancję. W drugim akapicie gwarancja wskazuje podmiot, którego naruszenie przepisów art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy, stanowi podstawę odpowiedzialności gwaranta. Gwarancja stanowi, iż podstawą wypłaty, a więc zatrzymania wadium, jest naruszenie wskazanych przepisów wyłącznie przez klienta. Zatem naruszenie przepisów przez innych członków Konsorcjum, nie będzie podstawą odpowiedzialności gwaranta. Wskazując na powyższe Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Konsorcjum nie została zabezpieczona wadium, a więc wykonawcy je tworzący powinni zostać wykluczeni.

Ponadto Odwołujący wskazał na pkt 8.7 SIWZ, który stanowi „W przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia (tj. jako konsorcjum), z treści dokumentu wadium, wnoszonego w formie innej niż pieniężna, powinno wynikać, że zleceniodawca działa w ramach konsorcjum”. Złożona gwarancja nie wskazuje, iż zleceniodawca gwarancji, określony w niej jako klient, działa w ramach konsorcjum. Odwołujący zauważył, że niepieniężne formy wadium stanowią zabezpieczenie udzielone przez osoby trzecie, nie uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i co do zasady nie powiązane z wykonawcą, a zakres ich odpowiedzialności względem Zamawiającego wynika wyłącznie z treści stosunku opartego na umowie zawartej między gwarantem (poręczycielem) a zleceniodawcą (klientem).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W jego ocenie wadium złożone wraz z ofertą w pełni zabezpiecza jego interesy, ponieważ z pełnomocnictw załączonych do oferty wybranego wykonawcy (konsorcjum) jednoznacznie wynika ustanowienie firmy PUT Intercor sp. z o. o. jako lidera konsorcjum – pełnomocnika, oraz wskazuje precyzyjnie szczególne umocowanie do m.in. wpłaty wadium w formie i kwocie wynikającej z warunków dotyczących złożenia oferty. Treść załączonych pełnomocnictw wypełnia przesłanki wskazane w art. 23 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że wykonawcy składający ofertę w konsorcjum są traktowani jak jeden wykonawca, dlatego interpretacja Odwołującego, że ofertę złożyło czterech niezależnych wykonawców przeczy charakterowi konsorcjum jako wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Wskazał na solidarną odpowiedzialność wykonawców za zaciągnięte zobowiązania, wykonanie zamówienia i złożenie oferty, co jest

równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 kc. Stwierdził, że gdy wadium zostanie wniesione przez jednego z członków konsorcjum należy uznać, że oferta została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy pomimo, iż treści uwidoczniony został tylko jeden z podmiotów wspólnie składających ofertę. Powołał orzeczenia KIO (99/09, 711/08, 24/07,) i ZA UZP/ZO/0-1603/06.

Ponadto Zamawiający wskazał, że powołany przez odwołującego pkt 8.9 SIWZ, w którym mowa o wykluczeniu wykonawcy, który nie wniesie wadium w wysokości, formie i terminie określonych w SIWZ nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania w sytuacji nie wskazania w gwarancji wadium wszystkich członków konsorcjum.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na brak podstaw wykluczenia go z postępowania. Stwierdził, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa wskazuje na stosunek prawny pomiędzy gwarantem a liderem Konsorcjum wskazując, że gdyby zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie jednego z wykonawców – członków konsorcjum, to zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp oznaczałoby to, że zawarcie umowy stało się niemożliwe również z przyczyn leżących po stronie wszystkich wykonawców, w tym lidera. Skutki działania jednego z wykonawców należy bowiem odnosić do wszystkich wykonawców ubiegających się w ramach konsorcjum o udzielenie zamówienia publicznego.

Za nieuzasadnione uznał również przystępujący żądanie odrzucenia jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, zważyła i ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że złożona wraz z ofertą Przystępującego gwarancja wadium nr 3017553/8401 wskazywała na podmiot, którym jest Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o. o. Wynika to z treści gwarancji, w której pierwszy akapit definiuje osobę klienta, na zlecenie którego ubezpieczyciel – gwarant, wystawił gwarancję. Jednocześnie należy zauważyć, że w treści gwarancji wymieniono jej beneficjenta, którym jest Zamawiający oraz określono przedmiot prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku którym gwarancja została udzielona. Pozostałe elementy gwarancji, w tym w szczególności warunki zatrzymania wadium zostały ujęte zgodnie z wymogami art. 46 ustawy Pzp.

W rozpatrywanej sprawie niesporne jest, że wymieniony zleceniodawca gwarancji jest uczestnikiem i liderem konsorcjum, którego członkowie złożyli ofertę wspólnie.

W ocenie składu orzekającego przedmiotowy dokument wadium zabezpiecza w niniejszym postępowaniu interesy Zamawiającego. Izba uznaje za utrwalone w tym zakresie orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych wskazując w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. V Ca 903/08 z 20 maja 2008 r., w którym sąd nie podzielił poglądu, iż dokument gwarancyjny powinien być zostać wystawiony i zawierać w swej treści wskazanie wszystkich członków konsorcjum ubiegających się o zamówienie. Sąd stwierdził nadto, że jeżeli treść dołączonego do oferty dokumentu nie wzbudza wątpliwości, iż dotyczy konkretnego przedsięwzięcia, to nie ma podstaw, by zakładać, że którykolwiek z członków konsorcjum działał wbrew woli, czy wiedzy innego. Uzyskanie gwarancji bankowej należy oceniać przez pryzmat stosunku prawnego łączącego jeszcze tylko potencjalnych oferentów.

Należy przy tym zauważyć, że treścią gwarancji wadialnej objęte jest również stwierdzenie wystawcy zawarte w aneksie nr 1 z dnia 26 maja 2009 r. do tej gwarancji, iż wymieniony w niej podmiot Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o. o. występuje jako Lider konsorcjum. W tym świetle rozstrzygnięcie Izby nie stoi w sprzeczności z informacjami pozyskanymi przez Odwołującego od innych wystawców gwarancji wskazanych w pismach złożonych na rozprawie. W pismach tych stwierdzono bowiem m. in. „przy założeniu, że wykonawca w gwarancji zdefiniowany został jeden podmiot to jest ten, którego dotyczy gwarancja” (pismo Ergo Hestia SA) oraz „gdy z treści gwarancji nie da się odczytać, iż stanowi ona wadium dotyczące oferty złożonej przez kilku wykonawców występujących w tym postępowaniu przetargowym łącznie” (pismo Calyon S.A. O/Polska).

Podzielając powołane wyżej stanowisko sądu Izba uznaje, że kwestionowany przez Odwołującego dokument gwarancji wadialnej nie narusza przepisów ustawy Pzp i postanowień SIWZ zapewniając spełnienie wymaganej dla niego funkcji w sytuacjach przewidzianych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Ponadto w ocenie Izby brak jest również podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego biorąc pod uwagę, że dokument wadium nie jest częścią oferty, czego potwierdzeniem jest fakt, iż brak wniesienia wadium skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, nie zaś odrzuceniem złożonej przez niego oferty.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publiczny, tj. stosownie do wyniku sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*