

Sygn. akt: KIO/UZP 594/10

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Śląski Uniwersytet Medyczny, ul. Poniatowskiego 15, 40 - 055 Katowice** protestu z dnia 19 marca 2010 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o., u. W. Sikorskiego 41, 40-282 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,**

2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**, na rzecz **Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Poniałowskiego 15, 40 - 055 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**.

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

Zamawiający, Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, 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.) – w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp") – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę obiektów Wydziału Farmaceutycznego w Sosnowcu przy ul. Jedności Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - II etap.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 30.12.2009 r, natomiast szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp (Druk ZP 1 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia).

W dniu 11.03.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. oraz wykluczeniu z postępowania Mostostal Warszawa S.A. (dalej „Mostostal”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Mostostal wskazano, iż oferta wykonawcy nie została w prawidłowy sposób zabezpieczona wadium. Gwarancja wadium została wystawiona na konsorcjum firm w składzie Mostostal i Acciona Infraestructuras S.A., a ofertę złożyła jedynie Mostostal – tego typu gwarancja nie zabezpiecza interesów zamawiającego na wypadek zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy.

W dniu 19.03.2010 r. Mostostal wniosła protest wobec ww. czynności zamawiającego kwestionując prawidłowość jej wykluczenia z postępowania (formalnie wyrażonego jako zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp) i konsekwentnie domagając się swojego przywrócenia do postępowania.

W uzasadnieniu protestu podniesiono, m.in.:

„[...]”

Protestujący wskazuje, bowiem, że wystawiony przez bank (Raiffeisen Bank Polska S.A.) dokument gwarancyjny obejmuje również sytuację samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez Mostostal. Protestujący pragnie tu z całą mocą podkreślić, iż na etapie przygotowania oferty rozważał możliwość konsorcyjnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wraz z Acciona Infraestructuras S.A. Niezależnie od powyższego, jednak, ostatecznie zdecydował się na samodzielne złożenie oferty w postępowaniu, korzystając jedynie z potencjału wiedzy i doświadczenia Acciona Infraestructuras S.A. w oparciu o możliwość, jaką daje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, którego nowe brzmienie weszło w życie z dniem 22.12.2009 r. Należy tu z całą mocą podkreślić, że wystawiony przez bank dokument gwarancji przetargowej nr CRD/G/32892 z dnia 26.02.2010 r. jest dokumentem standardowo wystawianym na rzecz podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią gwarancji, wystawionej na zlecenie Mostostal Warszawa S.A. i na rzecz Wykonawcy, Bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo, bez jakichkolwiek zastrzeżeń dotyczących wymienionego przetargu, do zapłaty na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do maksymalnej wysokości 660.000,00 zł, po otrzymaniu od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania wypłaty zawierającego oświadczenie stwierdzające zaistnienie którejkolwiek z okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 4 i 5a ustawy Pzp.

Niezależnie od faktu ujęcia w dokumencie wadialnym informacji przewidującej uczestnictwo w postępowaniu przetargowym konsorcjum obejmującego dwa podmioty, tj. Mostostal Warszawa S.A. jako lidera i Acciona Infraestructuras S.A. jako partnera, który to dokument przygotowano zgodnie ze zleceniem Mostostalu, pragniemy zwrócić uwagę, iż zabezpieczenie interesów Zamawiającego, wynikające z rzeczoności dokumentu w odniesieniu do oferty złożonej w postępowaniu obejmuje również sytuację, w której oferta złożona została wyłącznie przez Mostostal samodzielnie. Powyższe potwierdza oświadczenie Banku, wydane na prośbę Wykonawcy w związku z dokonaniem przez Zamawiającego wykluczeniem (kopia oświadczenia w załączeniu). Protestujący wskazuje tu, iż skoro z gwarancji jednoznacznie wynika, że nie ma wątpliwości, że dokument ten dotyczy konkretnego przedsięwzięcia, którym jest wykonanie wyżej określonego zamówienia, a jednocześnie - nie wynika z niej jakoby zaspokojenie ewentualnych roszczeń miało dotyczyć oferty złożonej przez podmiot niewymieniony w dokumencie gwarancyjnym, to w świetle obowiązującego w doktrynie i linii orzeczniczej stanowiska dopuszczającego dołączanie do ofert dokumentów wadialnych wystawianych na wyłącznie jednego z konsorcjantów w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego - *per analogiam* za w pełni dopuszczalne należy uznać posłużenie się dokumentem wystawionym na konsorcjum i dołączenie go do oferty składanej przez jeden z tych podmiotów. Wskazujemy również, iż działanie poprzedzające przystąpienie do postępowania przetargowego, w wyniku którego przygotowano dokument gwarancyjny mówiący o uczestnictwie w przetargu konsorcjum obejmującego poza Mostostal Warszawa S.A. również Acciona Infrasetructuras S.A. - absolutnie nie wpływa na ograniczenie

możliwości zaspokojenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego w przypadku złożenia oferty przez jednego z tych konsorcjantów samodzielnie. Z dokumentu wyraźnie wynika potwierdzenie przez Bank nieodwołalnego, bezwarunkowego i na pierwsze pisemne wezwanie dokonania wypłaty wymaganej sumy gwarantowanej w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w wyżej powołanym art. 46 ustawy Pzp, w tym konkretnym postępowaniu przetargowym. Zgodnie, bowiem, z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 02.07.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 757/09) - „wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ.”

W tej sytuacji nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w związku ze złożeniem oferty przez Mostostal Warszawa S.A. - zapłata kwoty wynikającej z gwarancji nastąpi zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

[...]”

W dniu 30.03.2010 r. zamawiający protest Mostostal w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

W gwarancji przetargowej wyraźnie stwierdzono, iż dotyczy ona konsorcjum firm Mostostal Warszawa S.A. oraz Acciona Infraestructuras SA, a w postępowaniu uczestniczy samodzielnie Mostostal Warszawa SA. Również tekst gwarancji nie pozostawia złudzeń, iż gwarant, czyli Raiffeisen Bank Polska, nie utożsamia firmy Mostostal Warszawa SA. Z Wykonawcą w prowadzonym postępowaniu. Z treści gwarancji wynika jednoznacznie, że gwarant wyróżnia dwa podmioty tj. Wykonawcę określonego jako konsorcjum firm w składzie Mostostal Warszawa SA. oraz Acciona Infraestructuras SA. oraz Zleceniodawcę, czyli Mostostal Warszawa SA.

Gwarancja złożona w postępowaniu przez Protestującego w sposób jednoznaczny opisuje sytuację, przy zaistnieniu których gwarant wypłaci Zamawiającemu kwotę, na którą opiewa gwarancja. Te sytuacje to:

1. „Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie i/lub
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy i/lub
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i/lub

2. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29.01.2004 r. wraz z póź. zm., nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29.01.2004 r. wraz z póź. zm. lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie z wymienieniem tej lub tych okoliczności”.

Opis ten dotyczy wyraźnie Wykonawcy, czyli wspomnianego wyżej konsorcjum. W świetle powyższego należy uznać, iż pogląd Zamawiającego, że oferta firmy Mostostal Warszawa S.A. nie jest w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium odpowiada prawdzie, ponieważ podmiot, który nie złożył oferty nigdy nie uchybił obowiązkowi wskazanym w Gwarancji przetargowej, gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie złożył oferty.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29.01.2009, KIO/UZP 69/09, opublikowanym na stronie www.uzp.gov.pl, orzekła, iż zamawiający może wykonywać swoje uprawnienia z wadium, jeżeli uchybień dopuściłby się zobowiązany. Skoro zatem w gwarancji ubezpieczeniowej pod pojęciem „zobowiązany” występują dwa podmioty, z których tylko jeden złożył ofertę, to nie znajdzie przesłanki, która upoważni zamawiającego do realizacji gwarancji.

Zgodnie z tezą wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9.6.2006 r., XVI GC 565/07, niepubl.: *"Prawo zamówień publicznych reguluje sytuację, gdy wykonawca uchyła się od zawarcia umowy (art. 94 ust. 2), nie przewidując odpowiedniej regulacji dla uchylania się zamawiającego. Należy przyjąć, że z mocy art. 14 Prawa zamówień publicznych zastosowanie znajduje art. 70⁴ § 2 Kc, pod warunkiem że zamawiający uchyła się od zawarcia umowy. Przez "uchylanie się" od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę i ciężar dowodu wykazania, że miało miejsce "uchylanie się", spoczywa w tym wypadku na wykonawcy, tu powodzie".*

Jednakże pod pojęciem wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia Zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym. Wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego poprzez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (art. 23 ust. 1 ustawy PZP) wadium może być wniesione przez dowolny podmiot. Jednak w dokumencie wadium 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.

Trzeba też zaznaczyć, iż dołączone do protestu oświadczenie Raiffeisen Bank Polska SA z siedzibą w Warszawie, z dnia 17 marca 2010 r, nie może być brane przez Zamawiającego pod uwagę, ponieważ nie jest dopuszczalne uzupełnienie treści gwarancji wadium, po upływie terminu składania ofert, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 PZP jedynie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a gwarancja ubezpieczeniowa takim dokumentem nie jest.

[...]"

W dniu 08.04.2010 r. Mostostal wniosła odwołanie od wyżej opisanego rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty i żądania protestu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in.:

„[...]

Dołączone do protestu oświadczenie Banku stwierdza jednoznacznie:

„Oświadczamy, że ww. gwarancja stanowi zabezpieczenie roszczeń Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach zarówno w przypadku, gdy ofertę w przetargu złożyli wspólnie Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A., jak też w przypadku gdy ofertę w przetargu złożył samodzielnie Mostostal Warszawa S.A. Gwarancja ma charakter nieodwołalny i bezwarunkowy. Potwierdzamy, że jeśli dostaniemy od Państwa w wymaganej formie żądanie wypłaty z ww. gwarancji, z którego będzie wynikało, że Mostostal Warszawa S.A. jest jedynym Wykonawcą oraz że spełnione są okoliczności dotyczące Mostostal Warszawa S.A. jako Wykonawcy określone bliżej w treści gwarancji, to dokonamy żądanej wypłaty z tej gwarancji.”

Pragniemy tu z całą mocą podkreślić, iż oświadczenie Banku nie stanowi tu dokumentu uzupełniającego złożony wraz z ofertą dokument wadialny, lecz autentyczną wykładnię treści tego dokumentu i jako takie winno być ono uwzględnione przez Zamawiającego w ocenie prawidłowości złożonego wadium.

[...]

Odwołujący wskazuje tu, więc, iż skoro z gwarancji jednoznacznie wynika, że nie ma wątpliwości, że dokument ten dotyczy konkretnego przedsięwzięcia, którym jest wykonanie wyżej określonego zamówienia, a jednocześnie - nie wynika z niej jakoby zaspokojenie ewentualnych roszczeń miało dotyczyć oferty złożonej przez podmiot niewymieniony w dokumencie gwarancyjnym, to w świetle obowiązującego w doktrynie i linii orzeczniczej stanowiska dopuszczającego dołączanie do ofert dokumentów wadialnych wystawianych na wyłączanie jednego z konsorcjantów w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego - *per analogiam*, w świetle solidarnego charakteru odpowiedzialności konsorcjantów - za w pełni dopuszczalne należy uznać posłużenie się dokumentem wystawionym na konsorcjum i dołączenie go do oferty składanej przez jeden z tych podmiotów. W kontekście powyższego warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20.05.2008 r. (sygn. V Ca 903/08), w którym Sąd nie podzielił poglądu, iż dokument gwarancyjny powinien być wystawiony i zawierać w swej treści wskazanie wszystkich członków konsorcjum ubiegających się o zamówienie. 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.*" Powołując się na to orzeczenie skład KIO orzekający w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 1272/09 stwierdził, że *„kwestionowany (...) dokument gwarancji wadialnej nie narusza przepisów ustawy Pzp i postanowień SIWZ zapewniając spełnianie wymaganej dla niego funkcji w sytuacjach przewidzianych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.”*

W świetle powyższego - działanie poprzedzające przystąpienie do postępowania przetargowego, w wyniku którego przygotowano dokument gwarancyjny mówiący o uczestnictwie w przetargu konsorcjum obejmującego poza Mostostal Warszawa S.A również Acciona Infraestructuras S.A. - absolutnie nie wpływa na ograniczenie możliwości zaspokojenia ewentualnych roszczeń

Zamawiającego w przypadku złożenia oferty przez jednego z tych konsorcjantów samodzielnie. Z dokumentu wyraźnie wynika, bowiem, potwierdzenie przez Bank nieodwołalnego, bezwarunkowego i na pierwsze pisemne wezwanie dokonania wypłaty wymaganej sumy gwarantowanej w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w wyżej powołanym art. 46 ustawy Pzp, w tym konkretnym postępowaniu przetargowym. Należy, bowiem, pamiętać, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 02.07.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 757/09) - „wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ.”

Warto tu zauważyć, że sam Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, że „wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego poprzez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.” W tej sytuacji, nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w związku ze złożeniem oferty przez Mostostal Warszawa S.A. samodzielnie - zapłata kwoty wynikającej z gwarancji nastąpi zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i brak jest obiektywnych podstaw do twierdzenia jakoby złożony wraz z ofertą dokument wadium nie zabezpieczał interesu Zamawiającego tudzież by Mostostal nie złożył wadium w ogóle.

[...]”

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Składając samodzielnie ofertę w przedmiotowym postępowaniu Mostostal Warszawa S.A. przedstawiła jako zabezpieczenie oferty, wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez Raiffeisen Bank Polska S.A.

Bank – wystawca gwarancji, kierując zobowiązanie gwarancyjne do zamawiającego, w treści gwarancji wskazał, że został poinformowany, że „na mocy swojej oferty” w prowadzonym przez niego przetargu na budowę obiektów Wydziału Farmaceutycznego w Sosnowcu przy ul. Jedności Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach - II etap uczestniczy konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. - Lider i Acciona Infraestructuras S.A. z Madrytu, których dalej w treści gwarancji nazywał będzie „Wykonawcą”, oraz że wymagane jest wniesienie wadium w określonej wysokości.

W związku z powyższym wystawca gwarancji zadeklarował, że „działając na zlecenie Mostostal Warszawa S.A. i na rzecz Wykonawcy” zobowiązuje się do zapłaty sumy gwarantowanej na rzecz

zamawiającego w przypadku wystąpienia określonych okoliczności, tzn. gdy Wykonawca odmówi podpisania umowy, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, uniemożliwi podpisanie umowy, nie uzupełni dokumentów ... etc...

W ostatnim zdaniu gwarancji zastrzeżono, iż jest ona nieprzenośna.

W dniu 17.03.2010 r. Raiffeisen Bank złożył oświadczenie skierowane do zamawiającego, które załączono do protestu Mostostal.

W treści ww. pisma poinformowano, że przedmiotowa gwarancja stanowi zabezpieczenie roszczeń Śląskiego Uniwersytetu Medycznego zarówno w przypadku, gdy ofertę w przetargu złożyli wspólnie Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A., jak też w przypadku gdy ofertę w przetargu złożył samodzielnie Mostostal Warszawa S.A.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba potwierdza prawidłowość wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Instytucja wadium w rozumieniu nadanym w art. 70⁴ § 1 Kodeksu cywilnego służyć ma zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu i w takim znaczeniu transponowana jest do art. 45 i 46 Pzp. Za prawidłowe zabezpieczenie pożądaných w świetle przepisów ustawy zachowań składającego ofertę uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy (art. 45), ale również w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przypadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp – rezultat potocznie określany jako tzw. skuteczne zabezpieczenie oferty wadium.

Powołany przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy stanowi, iż z powstępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wniesli wadium do upływu terminu składania ofert. W świetle powyższego za brak wadium wypełniający ww. przesłankę wykluczenia, uznaje się nie tylko fakt nie wniesienia wadium w ogóle, jak też wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy – wadium, które w świetle zidentyfikowanych okoliczności faktycznych lub prawnych nie będzie mogło posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego (np. na skutek wad stanowiącej wadium gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej).

W taki też sposób należy ocenić niniejszą sytuację i wadium wniesione przez Mostostal w przedmiotowym przetargu. Jakkolwiek przedstawiona przez odwołującego gwarancja bankowa jest sama w sobie prawidłowa i w pełni odpowiadająca przepisom ustawy, a także jeżeli chodzi o

wysokość sumy gwarantowanej – wymogom siwz, to jednak w danym przetargu nie może ona spełnić roli jej przypisanej. Ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyła jedynie Mostostal (co jest bezsporne), a jak słusznie podniósł zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy oraz rozstrzygnięciu protestu – podmiotem, którego ofertę w konkretnie oznaczonym postępowaniu przetargowym rzeczona gwarancja ma zabezpieczać są łącznie Acciona i Mostostal. Powyższe wynika jednoznacznie z treści dokumentu gwarancji, gdzie gwarant oznaczył obie ww. firmy jako „Wykonawcę” i odnosząc się do tak zdefiniowanego „Wykonawcy” zagwarantował, że zapłaci sumę gwarantowaną beneficjentowi gwarancji w przypadku zaistnienia sytuacji bezpośrednio z działaniami bądź zaniechaniami „Wykonawcy” związanej. Izba jeszcze raz podkreśla, że w związku z tak sformułowaną treścią gwarancji dotyczy ona oferty obu ww. firm występujących wspólnie i sytuacji gdy wspólnie odmówią podpisania umowy, nie wniosą zabezpieczenia należytego wykonania umowy... etc...

Okoliczność, że gwarancja może dotyczyć sytuacji, w której ofertę składa tylko jedna z ww. spółek i tym samym jej zaniechania również zabezpiecza, z treści dokumentu gwarancji wprost i literalnie nie wynika – z tego względu dodatkowe zaświadczenie Raiffeisen Bank uznać należało za rzeczywiste rozszerzenie zobowiązania gwarancyjnego, a nie za dokonanie wykładni autentycznej treści gwarancji.

Na marginesie Izba wskazuje, iż na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych konsekwentnie w piśmiennictwie, jak i praktyce obrotu, znaczenie i posługiwanie się potocznym terminem „konsorcjum” jest ustalone i uzgodnione. Mianowicie referuje on do instytucji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 23 Pzp. Brak również podstaw do przyjęcia, iż bank wystawiając standardową gwarancję dotyczącą publicznego przetargu prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy nadawał mu jakąś zasadniczo nową, projektującą treść oraz posługiwał się przyjętym przez siebie pojęciem „Wykonawcy” w jakimś innym znaczeniu niż wynikające z treści art. 23 ustawy, treści samej gwarancji oraz kontekstu jej wystawienia.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego jakoby istniała analogia pomiędzy zaistniałą sytuacją, a częstymi, uznawanymi w orzecznictwie za dopuszczalne, przypadkami, gdy ofertę składa kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, a zabezpieczająca taką ofertę gwarancja wadialna wystawiona została na tylko jednego z nich (przynajmniej na mniej podmiotów niż złożyło ofertę). Jak słusznie przyjmuje się w takich przypadkach oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium. Powyższe wynika z solidarnej odpowiedzialności podmiotów składających wspólnie ofertę – w przypadku, gdy którykolwiek z nich doprowadzi do sytuacji przypadku wadium wymienionej w art. 46 ustawy skutki tego typu działania rozciągać się będą na wszystkich współkonsorcjantów, także na podmiot, na rzecz którego wystawiona będzie gwarancja. Dla przykładu: jeżeli umowy nie podpisze całe konsorcjum (wszyscy), nie podpisze (w sensie zobowiązaniowym – a nie technicznym) jej również wykonawca wskazany w treści

gwarancji (jeden). Tym samym beneficjent gwarancji będzie mógł zrealizować uprawnienia z gwarancji wynikające i obejmujące przypadki zatrzymania wadium w ustawie przewidziane. Tymczasem w przypadku odwrotnym, tego typu wynikanie nie zachodzi. O ile wnioskowanie od ogółu do szczegółu jest wnioskowaniem dedukcyjnym, to wnioskowanie odwrotne – nie. Fakt, iż ofertę składa jedynie jeden spośród konsorcjantów, na rzecz których gwarancję wystawiono (a nie wszyscy) prowadzi, co sytuacji w której odmiennie została określona sytuacja przepadku wadium (wystąpienia okoliczności skutkujących jego zatrzymaniem) ze względu na jej aspekt podmiotowy. W takim przypadku w gwarancji zostaje po prostu opisany odmienny przypadek zabezpieczony, niż ten, który występuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak słusznie orzekła Izba w wyroku z dnia 29 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 69/09): *„Zamawiający może bowiem wykonywać swoje uprawnienia z wadium, jeżeli uchybień, o której wyżej mowa dopuściłby się zobowiązany. Skoro w niniejszej Ubezpieczeniowej Gwarancji po pojęciem „Zobowiązany” [w przedmiotowym przypadku „Wykonawca” – przyp. Składu orzekającego Izby rozstrzygającego niniejszą sprawę] występują dwa podmioty, z których tylko jeden złożył ofertę, to nie zajdzie przesłanka, która upoważni Zamawiającego do realizacji gwarancji. Podmiot który nie złożył oferty nigdy nie uchybi obowiązkom wskazanym w Ubezpieczeniowej Gwarancji (w pkt 1 ppkt 1)-4), gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie złożył oferty. Z tych względów, wobec wadliwego oznaczenia Zobowiązanego, przedmiotowa gwarancja jest nieegzekwowalna. Dlatego nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń Zamawiającego”*.

Ponadto przyjęcie tego typu analogii i idącej za tym dopuszczalności przyjmowania gwarancji wystawianych na więcej podmiotów niż składających następnie wspólną ofertę w postępowaniu prowadziłyby do konsekwencji, w których hipotetycznie możliwa stałaby się sytuacja zabezpieczenia tych samych ofert przy pomocy jednej i tej samej gwarancji bankowej, czyli sytuacji gdy składające oddzielnie oferty podmioty posługują się gwarancją bankową wystawioną dla nich jako dla konsorcjum. Podążając z logiką odwołującego należałoby dopuścić możliwość posłużenia się tą samą gwarancją przez Acciona, jeżeli ta złożyłaby ofertę w tym przetargu. Zabezpieczenie np. dwóch różnych ofert przy pomocy tej samej gwarancji bankowej, której suma nie jest podwojona w stosunku do kwoty wadium wymaganej przez zamawiającego uznać należy z oczywistych powodów za niedopuszczalne jako prowadzące do sytuacji braku wadium w stosunku do jednej oferty po skonsumowaniu wadium w związku z ofertą następną.

Tego typu sytuacja w przypadku posługiwania się gwarancją przez podmiot w niej wskazany, który następnie składa ofertę z podmiotami w treści gwarancji nie wymienionymi, nie występuje.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Uwzględniono koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....