

Sygn. akt: KIO 1408/10

WYROK
z dnia 20 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2010 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2010 r. przez **ECOSERVICE Spółka z o.o., ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego **HYDRO-TECH Spółka z o.o., ul. Młyńska 3a, 59-730 Nowogrodzic**, którego przedmiotem jest „Przebudowa i budowa oczyszczalni ścieków w Nowogrodźcu”

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża HYDRO-TECH Spółka z o.o., ul. Młyńska 3a, 59-730 Nowogrodzic i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ECOSERVICE Spółka z o.o., ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra.**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 23.599 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych, zero groszy) przez **HYDRO-TECH Spółka z o.o., ul. Młyńska 3a, 59-730 Nowogrodzic** na rzecz **ECOSERVICE Spółka z o.o., ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Jeleniej Górze.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – HYDRO-TECH Spółka z o.o., ul. Młyńska 3a, 59-730 Nowogrodzice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa i budowa oczyszczalni ścieków w Nowogrodzcu”.

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

W dniu 08.03.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 13.03.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 51-075323.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **15.03.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

W dniu **30.06.2010 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław.

W dniu **05.07.2010 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- nakazania Zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław;
- nakazania Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- obciążenia Zamawiającego na rzecz Odwołującego poniesionymi kosztami postępowania według norm przepisanych;
- przeprowadzenia dowodów wnioskowanych w odwołaniu.

W odniesieniu do podniesionego w odwołaniu zarzutu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 12 ust. 2 pkt 2 SIWZ w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w gwarancji wadialnej żądał wskazania nazw wszystkich członków podmiotu wspólnego, z zaznaczeniem, że działają oni jako podmiot wspólny.

Wskazał również, że wraz z ofertą wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław została złożona ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr GWo/152I/10-101-47-08-00 z dnia 17 maja 2010 r. wystawiona przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A., która wskazuje jako oferenta – uczestnika przetargu jedynie Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A.

Zdaniem Odwołującego mimo tego Zamawiający, wbrew zawartym przez siebie w SIWZ wymogom dotyczącym wadium, w dniu 30 czerwca 2010 r., wybrał ofertę Wykonawcy Konsorcjum Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budowlano Przemysłowe nr 2 Wrobis S.A. oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo - Usługowe Andrzej Czarkowski, stwierdzając w zawiadomieniu o wyborze oferty, że oferta ww. wykonawcy jest zgodna z zapisami SIWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, iż analiza obszernego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jak i wcześniejszych orzeczeń Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, a także orzecznictwa sądów powszechnych, pozwala przyjąć co do zasady dopuszczalność złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wadium tylko przez jednego z wykonawców. W szczególności zakazu złożenia samodzielnego wadium ze skutkiem na rzecz wykonawców działających wspólnie nie zawiera ustawa Pzp.

W ocenie Odwołującego w każdym z przypadków rozstrzygnięcia dopuszczalności złożenia wadium opiewającego tylko na jednego z wykonawców działających wspólnie

zaznaczano, że samodzielność działania w zakresie wadium przez wykonawcę musi pozostawać w zgodności z postanowieniami SIWZ obowiązujących w danym postępowaniu, która może doprecyzować wymagania Zamawiającego dotyczące wadium. Uprawnienie takie wynika dla zamawiającego z treści art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym w SIWZ zamawiający winien określić m.in. swoje wymagania dotyczące wadium. Gdyby obowiązek zawarcia w specyfikacji wymagań dotyczących wadium miał sprowadzać się jedynie do wskazania przez zamawiającego danych, co do terminu, miejsca czy też numeru rachunku, na który należy wnieść wadium, to zdaniem Odwołującego, konstrukcja pkt 8 art. 36 ust. 1 ustawy Pzp byłaby bardzo konkretna, podobna do konstrukcji pkt 1, 4, 9 czy 11 art. 36 ust. 1. Wymagania, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, winny precyzować kwestie, które zawarto już w przepisach ustawy (w art. 45 i art. 46 ustawy Pzp), lub regulować te kwestie, które nie zostały w niej ujęte (por. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 584/08).

Zdaniem Odwołującego treść przywołanego przepisu pozwala uznać, że Zamawiający jest uprawniony do określenia swoich wymogów co do wadium, w takim zakresie w jakim uzna to za konieczne w ramach ochrony prawnie uzasadnionego interesu zamawiającego i oczywiście w granicach nienaruszania zasady ochrony konkurencji oraz zasady dostępu wykonawców do zamówień publicznych.

Odwołujący się wskazał na fragment uzasadnienia wyroku Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 7 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-950/07), gdzie stwierdzono, że zamawiający ma prawo do wskazania w SIWZ dodatkowych elementów, które winny być uwzględnione przez wykonawców w związku z ustanawianiem wadium. *„Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił, iż w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej winna ona zawierać w przypadku konsorcjum - wskazanie nazwy wszystkich wykonawców. Tak ustalone wymagania dotyczące wadium wiązały każdego z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie”*. Zdaniem Odwołującego w przytoczonym wyroku Zespół Arbitrów wskazał, że złożenie gwarancji wadialnej, wskazującej jako oferenta tylko jednego z konsorcjantów byłoby zasadne, jedynie gdyby zamawiający w SIWZ nie określił swoich wymagań dotyczących wadium składanych przez wykonawców występujących wspólnie. W ocenie Odwołującego pogląd ten pozostaje w pełni aktualny w odniesieniu do stanu faktycznego, leżącego u podstaw niniejszego odwołania.

Odwołujący podkreślił ponadto, że dopuszczalność doprecyzowania przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących wadium jest zasadna z uwagi na ochronę prawnych interesów Zamawiającego, który przecież może, lecz nie musi skorzystać z instrumentu doprecyzowania warunków złożenia wadium. I tak np. w przypadku składania wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej Zamawiający ma prawo obawiać się odmowy spełnienia świadczenia przez gwaranta, który wystawił gwarancję wadialną tylko

na jednego z wykonawców, w gdy to z przyczyn dotyczących współkonsorcjanta nie dochodzi do zawarcia umowy na wykonanie zamówienia publicznego. Gwarant może bowiem argumentować, że podmiot za którego gwarantuje jest gotowy do podpisania umowy, a jej zawarcie nie dojdzie do skutku z powodów innych niż działania zleceniodawcy (odmowa współkonsorcjanta, za którego przecież gwarancja nie została złożona). Bez względu na ocenę zasadności takiego stanowiska gwaranta należy wskazać, że w takim wypadku Zamawiający będzie narażony na kosztowny i czasochłonny proces o zapłatę prowadzony przeciwko gwarantowi, gdy tymczasem w przypadku otrzymania gwarancji wskazujących wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie (zgodnie z SIWZ), zagrożenie podniesienia takiego zarzutu minimalizuje się.

W ocenie Odwołującego odmienną sytuacją Zamawiającego w przypadku, gdy gwarancja udzielona jest za wszystkich wykonawców wspólnie składających ofertę w stosunku do gwarancji opiewającej jedynie, np. na lidera konsorcjum uwypukla się przy analizie treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, złożonej przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budowlano Przemysłowe nr 2 WROBIS S. A., wystawionej przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. Nr GWo/1521/10-101-47-08-00 z dnia 17 maja 2010 r. Zgodnie z preambułą listu gwarancyjnego oferentem (uczestnikiem przetargu) jest jedynie Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budowlano Przemysłowe nr 2 WROBIS S.A. Dalej w § 2 ust. 2 listu gwarancyjnego gwarant oświadcza, że zapłaci Zamawiającemu sumę gwarancyjną, jeśli:

- 1) oferent (a więc WROBIS S.A. a nie drugi z wykonawców) nie złoży wymaganych dokumentów lub oświadczeń, oraz nie udowodni, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego (a więc WROBIS S.A. a nie drugiego z wykonawców) stronie,
- 2) oferent (a więc WROBIS S.A. a nie drugi z wykonawców) odmówił podpisania umowy o udzielenie zamówienia na warunkach określonych w ofercie,
- 3) oferent (a więc WROBIS S.A. a nie drugi z wykonawców) odmówił wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 4) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie oferenta, a więc po stronie WROBIS S.A., a nie drugiego z wykonawców CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo - Usługowe Andrzej Czarkowski.

Zdaniem Odwołującego szczególnie ten ostatni punkt treści gwarancji uwypukla zagrożenie sporu pomiędzy Zamawiającym, a gwarantem, w przypadku gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie dojdzie do skutku z przyczyn dotyczących CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo - Usługowe Andrzej Czarkowski, a więc literalnie nie z przyczyn WROBIS S.A. W ocenie Odwołującego nie trudno sobie wyobrazić sytuację, w której partner konsorcjum, stwierdziwszy, że lider dążąc do zwiększenia konkurencyjności oferty zmniejszył stawki przyjęte do oferty, co w ocenie partnera czyni jego roboty nieopłacalnymi. I choć prawdą jest, że z mocy art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące

wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców składających wspólną ofertę, to podkreślić należy, że moc wiążąca tego przepisu obejmuje relacje pomiędzy wykonawcami i zamawiającym na gruncie przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika z treści cytowanego przepisu „przepisy dotyczące wykonawcy”. Tymczasem gwarant - bank lub ubezpieczyciel pozostaje poza tymi relacjami i nie jest wykluczone, że jak wspomniano, podniesie zarzut braku swojej odpowiedzialności za podmiot, który w treści gwarancji nie jest wymieniony. Więcej, nie jest wykluczone, że gwarant w ogóle nie ma pojęcia o tym, że oferent będzie składał swoją ofertę wspólnie z innymi podmiotami.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że istotą sprawy w niniejszym postępowaniu nie jest to, czy wadium może być złożone tylko przez jednego z uczestników konsorcjum, ale ocena skuteczności określenia przez Zamawiającego w SIWZ wymogu złożenia wadium wspólnego, w celu uniknięcia ewentualnej odmowy realizacji gwarancji ubezpieczeniowej. W ocenie Odwołującego się, skoro Zamawiający określił taki dodatkowy wymóg w SIWZ, a uczynił to zgodnie z prawem, to wykonawcy są związani takim postanowieniem, chyba żeby doprowadzili zgodnie z procedurami ustawy Pzp do uchylecia tego wymogu, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

W ocenie Odwołującego na dopuszczalność modyfikowania w treści SIWZ wymogów dotyczących składania wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne wskazują nie tylko przywołane dotychczas w odwołaniu wyroki, ale też liczne inne rozstrzygnięcia, pozwalające przyjąć utrwaloną linię orzecniczą w tym zakresie (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 711/08).

W ocenie Odwołującego w świetle przedstawionych wyżej wywodów i orzecznictwa poczynione przez Zamawiającego w pkt 12 SIWZ zastrzeżenia dotyczące warunków, w jakich mają złożyć gwarancję wadium podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie należy uznać za legalne, a tym samym za wiążące dla wykonawców. Co więcej, nawet gdyby wykonawca uznawał niezasadność tego typu wymogu uważając, że wyklucza go to z udziału w postępowaniu, to winien w przewidzianym w prawie terminie zakwestionować takie postanowienie SIWZ, czy też w stosownym terminie wystąpić do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ doprowadzając do zmiany jej treści. Na potwierdzenie swojej argumentacji w powyższym zakresie przywołał fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 584/08).

Jak wskazał Odwołujący Wykonawca Konsorcjum Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budowlano Przemysłowe nr 2 WROBIS S. A. oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo - Usługowe Andrzej Czarkowski takich czynności (tj. zaskarżenia postanowień SIWZ) nie

podjęli, a następnie jeden z nich WROBIS S.A. złożył wadium sprzecznie z wymogami określonymi przez Zamawiającego. W konsekwencji, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego się złożenie wadium niezgodnie z określonymi w SIWZ wymaganiami należy uznać za równoważne niezłożeniu wadium i przyjąć za podstawę do wykluczenia wykonawcy (por. wyrok KIO z 6 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 209/09).

Uzasadniając interes w zakresie wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania Odwołujący wskazał, że wyżej opisane naruszenie ustawy Pzp przez Zamawiającego spowodowało naruszenie interesu prawnego Odwołującego się. W przypadku gdyby Zamawiający w sposób zgodny z prawem wykluczył z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budowlano Przemysłowe nr 2 Wrobis S.A. oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo - Usługowe Andrzej Czarkowski Odwołujący, z uwagi na złożenie oferty najkorzystniejszej, otrzymałby przedmiotowe zamówienie publiczne. Doręczone zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 30 czerwca 2010 r. wskazuje, że oferta Odwołującego się jest na drugim miejscu, zaraz po ofercie Wykonawcy, który winien być z postępowania wykluczony. Tym samym należy uznać, że wobec sprzecznego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności wykluczenia z postępowania ww. Konsorcjum Odwołujący się może ponieść szkodę, w postaci nieotrzymania zamówienia publicznego, a więc utraci korzyści jakie by uzyskał z tytułu wykonania robót budowlanych.

W dniu **16.07.2010 r.** Zamawiający pismem z dnia 15.07.2010 r. wniósł odpowiedź na odwołanie. W powyższym piśmie wniósł m. in. o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż przytoczone przez Odwołującego w treści odwołania orzecznictwo odnosi się do odmiennych stanów faktycznych. Zamawiający podniósł, iż dopiero zastrzeżenie poczynione przez zamawiającego w SIWZ, a wskazujące na wyraźny wymóg złożenia wadium przez każdego z członków konsorcjum oddzielnie, jest takim, które czyni bezskutecznym działanie tylko jednego podmiotu wspólnie ubiegającego się o zamówienie. W odniesieniu do powyższego Zamawiający wskazał, że z takim zastrzeżeniem nie mamy do czynienia w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu – nie wymagano bowiem wniesienia osobno wadium przez każdy z podmiotów występujących wspólnie. Jak wskazał Zamawiający w treści SIWZ oczekiwano wskazania w gwarancji podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Okoliczność, że przedstawiona gwarancja nie czyni zadość tym wymaganiom nie stanowi o wadliwym ustanowieniu wadium. Zdaniem Zamawiającego biorąc pod uwagę dyspozycję art. 370 i art. 366 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 i art. 23 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób

przyjąć, że wadium wniesione przez Konsorcjum, nawet jeśli w treści gwarancji wymieniony jest jeden z podmiotów występujących wspólnie, nie zabezpiecza oferty złożonej przez konsorcjum. Zdaniem Zamawiającego skutek taki występuje z mocy samego prawa, niezależnie od woli Zamawiającego i zastrzeżeń poczynionych w SIWZ w odniesieniu do treści gwarancji, gdyż w tym zakresie nie sposób pominąć dyspozycji art. 56 ustawy Kodeks cywilny, w myśl którego czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Jeśli zatem, zdaniem Zamawiającego, już z przepisów prawa wynika solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, uczynienie zadość dodatkowemu zastrzeżeniu poczynionemu w SIWZ nie zmieniliby i nie poprawiłoby w tym wypadku pozycji Zamawiającego w sytuacji, gdy nastąpiła konieczność zatrzymania wniesionego wadium.

Zdaniem Zamawiającego w tym stanie rzeczy bez znaczenia jest fakt, czy gwarant wystawiający gwarancję wiedział, że Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. będzie składało ofertę wspólnie z innym podmiotem, jeśli na wskazanej wyżej podstawie można będzie dochodzić zapłaty wadium od gwaranta, niezależnie od tego, czy faktycznie okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zachodziłyby po jego stronie czy też innego podmiotu, z którym ponosi odpowiedzialność solidarną. Jak wskazał Zamawiający w treści gwarancji nie poczyniono zaś zastrzeżenia przeciwnego, tj. takiego, w którym gwarant uchylałby się od odpowiedzialności z tytułu udzielonej gwarancji, gdyby Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. byłoby jednym z podmiotów występujących wspólnie.

Biorąc pod uwagę powyższe wnioski, zdaniem Zamawiającego, nie sposób zatem przyjąć, że mamy do czynienia z sytuacją, w której należałoby przyjąć, że Konsorcjum nie wniosło wadium, a dalej winno podlegać wykluczeniu z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego sporne „uchybieństwo” ma charakter formalny, które w żaden sposób nie czyni bezskutecznym wniesionego wadium. W tym zakresie nie sposób zatem, w ocenie Zamawiającego, podzielić argumentacji Odwołującego, iż jakiegokolwiek odstępstwo od postanowień SIWZ skutkować musi przyjęciem, że mamy do czynienia z czynnością prawną nieważną czy bezskuteczną. Tym bardziej, iż jak wskazano wyżej, w pierwszej kolejności należy mieć na uwadze, iż skutek jaki oczekiwano – wniesienie wadium – nastąpił i ocena powyższego możliwa jest na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie zaś tylko SIWZ. W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji, zdaniem Zamawiającego, rozważać w tym przypadku można zatem tylko to, czy dokument gwarancji został prawidłowo wystawiony i dotyczy konkretnej oferty oraz czy treść gwarancji zapewnia skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji. Zamawiający przywołał również fragment uzasadnienia uchwały Sądy Najwyższego z dnia 14 kwietnia

1993 r. (sygn. akt III CZP 16/93), w której skład sądu stwierdził, że: „bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwoływalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powoływać się – w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie zobowiązania zapłaty – na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona”.

Tym samym w ocenie Zamawiającego, uwzględniając postanowienia ustawy Kodeks cywilny, przedstawiona gwarancja zabezpiecza w pełni jego interes na wypadek wystąpienia okoliczności, z którymi ustawa wiąże skutek w postaci zatrzymania wadium i nie wprowadza warunków dodatkowych, w celu uzyskania przez niego zapłaty wadium. Brak wskazania drugiego członka konsorcjum w ocenie Zamawiającego nie rodzi skutków niemożności dochodzenia roszczenia z przedmiotowej gwarancji, np. w przypadku odmowy podpisania umowy przez członka konsorcjum nie wymienionego w tejże gwarancji. W ocenie Zamawiającego wymienienie w treści gwarancji ubezpieczeniowej tylko jednego członka konsorcjum, odmiennie niż określono w SIWZ, nie jest podstawą prawną do wykluczenia Konsorcjum, ponieważ jest to tylko wynikający z SIWZ formalny wymóg, którego uchybienie nie niweluje materialnoprawnego skutku, jakim jest zabezpieczenie oferty wadium w wyznaczonym terminie.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem Przystępującego i Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazania wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław oraz nakazania powtórne badania, oceny ofert, jak również dokonania powtórne wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na złożenie przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty znajdującej się na drugiej pozycji w oparciu o kryteria oceny ofert ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w charakterze uczestnika postępowania wykonawcę Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego z dnia 7 lipca 2010 r. zostało podpisane przez pana Bogdana Nowickiego, który został upoważniony przez dwóch członków konsorcjum jedynie do reprezentowania obu podmiotów w postępowaniu oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (str. 42 oferty zgłaszającego przystąpienie). Powyższe pełnomocnictwo nie uprawnia pana Bogdana Nowickiego do wnoszenia środków ochrony prawnej, jak również nie uprawnia do reprezentowania wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przedłożone na posiedzeniu pełnomocnictwo z dnia 18 maja 2010 r. oraz znajdujące się na str. 43 oferty zostało udzielone przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., który to podmiot nie został ustanowiony

pełnomocnikiem wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe pełnomocnictwo upoważnia jedynie pana Bogdana Nowickiego do działania w imieniu i na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. Tym samym Izba stwierdziła, iż zgłoszenie przystąpienia do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania zawarte w piśmie z dnia 07.07.2010 r. zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy w powyższym zakresie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław, treści SIWZ oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci SIWZ, oferty wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław oraz wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskutek zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 12 ust. 2 ppkt 2 lit. a SIWZ wskazał, że: „W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące

elementy: nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielającej gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nazwy wszystkich członków podmiotu wspólnego z zaznaczeniem, że działają oni jako podmiot wspólny, np. poprzez następujący zapis: „Zostaliśmy poinformowani, że w związku z organizowanym przez Państwa postępowaniem o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest „.....”, w którym na mocy swojej oferty uczestniczą:
tu należy wymienić wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie danej części zamówienia (zwani łącznie „Wykonawcą”), wymagane jest wniesienie wadium w wysokości”.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż wykonawca Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław wraz z ofertą przedłożył ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr GWo/152I/10-101-47-08-00 z dnia 17 maja 2010 r. W treści powyższego dokumentu zostało wskazane, iż „Oferentem” (Uczestnikiem przetargu) jest Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław.

Po trzecie Izba wskazuje, iż kwestionowany przez Odwołującego zapis ww. gwarancji ubezpieczeniowej nie odnosi się do kwestii zlecniodawcy gwarancji (ubezpieczającego), lecz do jej treści w zakresie przesłanek skutkujących możliwością realizacji jej postanowień, tj. żądania przez Zamawiającego (beneficjenta) od Gwaranta zapłaty kwoty wadium przy uwzględnieniu faktu, iż wskazany w jej treści jako oferent wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław złożył ofertę w ramach konsorcjum wraz z CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław. Tym samym podstawą faktyczną naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskutek zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław jest, zdaniem Odwołującego, wadliwe (niepełne) określenie w treści ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium przesłanek powodujących możliwość jej realizacji przez Zamawiającego.

Umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w sposób szczegółowy w przepisach ustawowych. Jedynie art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 z późn. zm.) wśród czynności ubezpieczeniowych wymienia m. in. umowy gwarancji ubezpieczeniowych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, iż gwarancja ubezpieczeniowa jest dokumentem, którego treść w sposób zupełny i wyczerpujący określa kształt zobowiązania umownego. Tym samym treść dokumentu gwarancyjnego określa w sposób zupełny zakres uprawnień i obowiązków stron, tj. gwaranta, beneficjenta i zleceniodawcy – w tym wypadku oferenta (uczestnika przetargu). W tym zakresie Izba pragnie wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (sygn. akt I ACa 761/05), w którym zostało wskazane, że: „Gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowana głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353¹ k.c.)”.

Ustawa Pzp również nie reguluje stosunku zobowiązaniowego gwaranta ubezpieczeniowego czy bankowego z zamawiającym. O zakresie odpowiedzialności gwaranta z ubezpieczeniowej lub bankowej gwarancji przetargowej decyduje jedynie wystawiony przez gwaranta dokument wadialny, który jak wyżej wskazano reguluje w sposób zupełny i wyczerpujący całokształt praw i obowiązków stron tego rodzaju stosunku zobowiązaniowego.

Izba nie podziela argumentu przedstawionego przez Zamawiającego w toku rozprawy, iż biorąc pod uwagę dyspozycję art. 370 i art. 366 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 i art. 23 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób przyjąć, że wadium wniesione przez Konsorcjum, nawet jeśli w treści gwarancji wymieniony jest jeden z podmiotów występujących wspólnie, nie zabezpiecza oferty złożonej przez konsorcjum. Zdaniem Zamawiającego skutek taki występuje z mocy samego prawa, niezależnie od woli Zamawiającego i zastrzeżeń poczynionych w SIWZ w odniesieniu do treści gwarancji, gdyż w tym zakresie nie sposób pominąć dyspozycji art. 56 ustawy Kodeks cywilny, w myśl której czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów. Jeśli zatem, zdaniem Zamawiającego, już z przepisów prawa wynika solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, uczynienie zadość dodatkowemu zastrzeżeniu poczynionemu w SIWZ nie zmieniłoby i nie poprawiłoby w tym wypadku pozycji Zamawiającego w sytuacji, gdyby nastąpiła konieczność zatrzymania wniesionego wadium. Zdaniem Izby, wbrew powyższym twierdzeniom, to literalna treść dokumentu gwarancyjnego przedkładanego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ustalonych dla danego postępowania okolicznościach stanowi, czy jest on dokumentem skutecznie zabezpieczającym ekonomiczne interesy Zamawiającego związane z rolą, jaką w ramach przetargu pełni wadium. W tym zakresie nie obowiązują żadne ustawowe regulacje rozszerzające zakres podmiotowy obowiązywania przesłanek zatrzymania wadium o te wskazane w sposób literalny w treści dokumentu gwarancyjnego, tym bardziej nie mają

zastosowania w tym zakresie zasady współzycia społecznego lub ustalone zwyczaje. Tym samym nie sposób uznać, iż zawarte w SIWZ żądanie wskazania w treści gwarancji wszystkich podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie wymogiem formalnym. Powyższy element stanowi szczególnie istotną treść przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium i tym samym wpływa w sposób decydujący na prawa i obowiązki stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Ponadto, jak wynika z ustawy Pzp, solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi jedynie wówczas, gdy tak wskazują przepisy ww. ustawy. Zgodnie z art. 141 ustawy Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powyższe wskazuje, iż odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na inne czynności przedsiębrane w toku postępowania, w tym nie dotyczy obowiązku wniesienia wadium.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w przypadku złożenia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wspólnej na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp oraz ze względu na fakt, iż zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wniesienie wadium jest skuteczne o ile spełnia ono w postępowaniu swoją gwarancyjną i zabezpieczającą rolę. Istotą wadium jest możliwość zatrzymania lub uzyskania w możliwie prosty sposób pewnej kwoty pieniężnej na wypadek zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wskazanych w ustawie Pzp. Regułą jest, iż okoliczności faktyczne umożliwiające Zamawiającemu zatrzymanie wadium stanowią w momencie zawarcia ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium zdarzenia przyszłe i niepewne, tj. mają walor zdarzeń o charakterze losowym.

Zdaniem Izby złożona wraz z ofertą wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bółucia 2, 52-212 Wrocław ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr GWo/152I/10-101-47-08-00 z dnia 17 maja 2010 r. umożliwia nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę przez Gwaranta (Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A.) na rzecz Beneficjanta (Zamawiającego) kwoty 300.000 złotych terminie 14 dni licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty spełniające wymogi formalne określone w dokumencie gwarancyjnym oraz zawierającego oświadczenie Beneficjanta, że zaistniał którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp. Ponadto w § 1 ust. 2 ww. dokumentu gwarancyjnego zostało wskazane, że gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami SIWZ

w przetargu na wykonanie przebudowy i budowy oczyszczalni ścieków w Nowogrodźcu ogłoszonym przez Beneficjenta. Jednakże § 2 ust. 2 powyższej gwarancji precyzuje, jakie okoliczności faktyczne stanowią podstawę (bezwarunkowo i nieodwołalnie) dokonania płatności przez Gwaranta. Wśród tych okoliczności dokument gwarancyjny wymienia:

- Oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw oraz nie udowodnił, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie;
- oferta Oferenta została wybrana, oraz że:
 - Oferent odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
 - Oferent nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
 - zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta.

Dla oceny powyższych zapisów istotne znaczenie ma cała treść gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, a w szczególności zawarta w powyższej gwarancji definicja oferenta (uczestnika przetargu), która wskazuje jedynie Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław.

W zasadzie bez znaczenia jest fakt, który podmiot jest ubezpieczającym – zleceniodawcą umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Jednakże w istniejącym stanie faktycznym istotne znaczenie ma fakt, iż przesłanki uprawniające do zatrzymania wadium zostały w ww. dokumencie ograniczone do podmiotu wskazanego w treści dokumentu gwarancyjnego jako oferent – uczestnik przetargu, tj. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław. Wobec tego dokument ten wyraźnie wskazuje, iż to nie złożenie dokumentów tylko przez ww. członka konsorcjum powoduje prawo zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zaś w odniesieniu do przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Pzp wskazuje również jedynie na Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław, które w treści gwarancji zostało zdefiniowane jako oferent – uczestnik przetargu.

Zamknięty i dookreślony w dokumencie gwarancyjnym katalog przypadków odnoszących się do jednego z członków konsorcjum jest niewątpliwy i brak jest podstaw do dokonania interpretacji rozszerzającej powyższych zapisów. Jakakolwiek interpretacja rozszerzająca zapisów ubezpieczeniowej gwarancji nie znajduje podstaw, zarówno w obowiązujących przepisach, jak również w innych umownych postanowieniach stron. Zamawiający wraz z ofertą otrzymuje oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, zatem tylko

i wyłącznie ten dokument stanowi źródło jego uprawnień z tytułu umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.

Biorąc pod uwagę rolę wadium oraz fakt, iż brak jest przepisów ustawowych oraz wykonawczych normujących szczegółowo treść gwarancji ubezpieczeniowej Zamawiający ma prawo określić swoje wymagania w powyższym zakresie w treści SIWZ. Wszakże regulacji zawartych w art. 45 i 46 ustawy Pzp nie można uznać za wyczerpujące. Powyższe kreuje dla Zamawiającego obowiązek i jednocześnie uprawnienie takiego precyzowania wymagań dotyczących wadium, które zabezpieczać będą jego interesy i stanowić będą niejako uzupełnienie i wypełnienie niepełnych regulacji ustawowych. W powyższym zakresie Izba podziela pogląd reprezentowany przez Odwołującego, że takie postanowienia SIWZ są dopuszczalne i są jednocześnie wiążące dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym zawarte w SIWZ przez Zamawiającego wymagania dotyczące treści gwarancji ubezpieczeniowej mają zadanie prawnokształtujące i decydują o przyszłych obowiązkach i uprawnieniach stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Tylko ubezpieczeniowa gwarancja wadium spełniająca wymagania Zamawiającego, co każdorazowo winno wynikać z jej literalnego brzmienia, może być uznana za dokument potwierdzający prawidłowe i skuteczne wniesienie wadium.

Wykładania literalna art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż instytucja umożliwiająca wspólne ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego nie powoduje powstania z mocy prawa jednego wykonawcy stanowiącego podmiot zbiorowy. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. Zarówno z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż w takim wypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Na powyższe wskazuje także treść art. 141 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Istotą odpowiedzialności solidarnej jest, zgodnie z art. 366 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) odpowiedzialność tego rodzaju,

że kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Ponadto zgodnie z art. 366 § 2 ww. ustawy aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani. Tym samym również w zakresie możliwości zatrzymania wadium ze względu na niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (przesłanka zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp) możliwość realizacji ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej winna odnosić się z osobna do każdego z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, nie tylko do jednego podmiotu, tj. zleceniodawcy – wskazanego w treści gwarancji.

W ramach wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest współdziałanie wszystkich podmiotów na etapie postępowania, aby mogło dojść do uznania takiej oferty za nie podlegającą odrzuceniu, wykonawcy za nie podlegającego wykluczeniu, wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej a w konsekwencji zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę treść art. 23 ust. 3 ustawy Pzp nie wykazanie braku podstaw do wykluczenia któregokolwiek z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego niesie negatywne konsekwencje dla wszystkich wykonawców składających ofertę w oparciu o art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp winna powodować możliwość zatrzymania wadium przez Zamawiającego także wówczas, gdyby dla któregokolwiek z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożono dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, bez możliwości udowodnienia, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Także powyższego zapisu nie można ograniczyć jedynie do zleceniodawcy – oferenta, tj. w przedmiotowym stanie faktycznym jedynie do Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław.

Izba nie podziela poglądów przedstawionych przez Zamawiającego w toku rozprawy, że dla gwaranta jest bez znaczenia, jak daleko idące będą skutki takiej gwarancji, gdyż w przypadku jej udzielenia dokonuje on badania jedynie kwestii zdolności ekonomicznej zleceniodawcy, zaś z zasady solidarnej odpowiedzialności wynika, że treścią tej gwarancji objęte są wszystkie podmioty składające ofertę wspólną.

Zdaniem Izby trudno jest, przy założeniu profesjonalnego charakteru gwaranta – towarzystwa ubezpieczeniowego, przyjąć powyższe założenie, iż udzielona gwarancja

ubezpieczeniowa obejmuje swym działaniem nie znane gwarantowi podmioty wchodzące w skład „konsorcjum” mającego dopiero powstać w przyszłości, w tym podmioty mogące znajdować się w stanie likwidacji, bądź upadłości. Powyższe stanowiłoby nieproporcjonalne ryzyko gospodarcze dla gwaranta, jednocześnie powodując, że odpadłyby w odniesieniu do wskazanych w gwarancji podstaw i przesłanek ich realizacji podstawowe atrybuty, tj. że zdarzenia te mają mieć charakter losowy (przyszły i niepewny).

Wszakże zapisy złożonej wraz z ofertą gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium w zakresie podstaw jej realizacji odnoszą się do oferenta, którym zgodnie z treścią ww. gwarancji jest jedynie Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław.

Tym samym przedstawiona wraz z ofertą wykonawcy Konsorcjum Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, biorąc pod uwagę fakt, iż oferta została złożona przez dwa podmioty występujące wspólnie nie przewiduje wszystkich adekwatnych do tego faktu okoliczności, które powinny skutkować możliwością jej realizacji, tj. nie uprawnia ona Beneficjenta (Zamawiającego) do skierowania do Gwaranta skutecznego żądania zapłaty, jeżeli wskazane w treści § 2 ust. 2 okoliczności dotyczą innego podmiotu niż wskazany w jej treści jako oferent (uczestnik przetargu). Tym samym z jej treści wynika, iż w przypadku gdy okoliczności wskazane w § 2 ust. 2 dotyczą podmiotu innego niż wskazany jako oferent, to po stronie Zamawiającego brak jest uprawnienia żądania zapłaty kwoty stanowiącej jej przedmiot, zaś po stronie Gwaranta brak jest obowiązku spełnienia w sposób bezwarunkowy i nieodwoływalny ww. świadczenia.

Powyższego nie zmienia także fakt, iż Zamawiający w toku rozprawy powołał dowody z dokumentu w postaci pisma Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. z dnia 15.07.2010 r. oraz aneksu nr 1 z dnia 15 lipca 2010 r. do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/152I/10-101-47-08-00 z dnia 17.05.2010 r. W powyższym piśmie Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. wskazał, iż udzielona na zlecenie WPBP Nr 2 „WROBIS” S.A. gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium GWo/152I/10-101-47-08-00 z dnia 17.05.2010 r. stanowi zabezpieczenie oferty złożonej wspólnie przez konsorcjum składające się z: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław. Jednakże powyższe nie stanowi zmiany treści gwarancji wadium, a w szczególności § 2 ust. 2 ww. gwarancji w zakresie przesłanek skutkujących obowiązkiem zapłaty kwoty wadium. Powyższe zapisy gwarancji nie zostały zmienione również w wyniku przedłożenia aneksu nr 1 z dnia 15 lipca 2010 r. do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty

wadium nr GWO/152I/10-101-47-08-00 z dnia 17.05.2010 r., który nadal jako oferenta (uczestnika przetargu) wskazuje jedynie Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław. Powyższy aneks zmienia jedynie § 3 ust. 1 gwarancji w zakresie terminu jej obowiązywania.

Tym samym wszystkie wskazane w § 2 ust. 2 złożonej przez Konsorcjum Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium zdarzenia odnoszą się jedynie do jednego z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i wobec faktu złożenia przez podmiot określony w treści gwarancji jako oferent (uczestnik przetargu) oferty wraz z innym podmiotem na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp powodują, iż w stosunku do oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wadium nie zostało skutecznie wniesione. Powyższe wynika z faktu, iż wskazane w treści gwarancji ubezpieczeniowej okoliczności nie są zupełne i nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń, które mogą spowodować prawo żądania przez Zamawiającego zapłaty kwoty gwarancyjnej.

Gdy z treści gwarancji ubezpieczeniowej wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, taką sytuację uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium i przyjmuje za podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wniesienie wadium jest wymogiem formalnym i jako wymóg o takim charakterze jest oceniane pod kątem wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wniesienie wadium, które nie spełnia wszystkich wymogów SIWZ, oznacza w istocie, że wadium nie zostało wniesione, co obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wadium wówczas skutecznie zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ oraz w ustawie Pzp. Powyższe może być również warunkowane innymi okolicznościami, w tym wypadku złożeniem oferty przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia. W takich wypadku to na tych podmiotach ciąży obowiązek zapewnienia, aby treść dokumentu gwarancyjnego umożliwiała i zapewniała realizację interesów Zamawiającego związanych z wadium w sposób zupełny i wyczerpujący, tj. zapewniający realizację interesów ekonomicznych zamawiającego przy uwzględnieniu wszystkich zaistniałych okoliczności faktycznych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław oraz CMM Przedsiębiorstwo Przemysłowo – Usługowe Andrzej Czarkowski, ul. Gen. M. Bołucia 2, 52-212 Wrocław ze względu na niezłożenie wadium powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....