

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Ryszard Tetzlaff

Członkowie:

Klaudia Szczytowska-Maziarz
Monika Szymanowska

Protokolant:

Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2019 r. przez
wykonawcę Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w postępowaniu prowadzonym

przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna
Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Oddział w Olsztynie,
Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn

przy udziale wykonawców A. W. i J. W. prowadzących działalność gospodarczą pod
firmą: FHU Arko-Rol s.c. A. W. J. W., ul. Wiecherta 19/3, 10-691 Olsztyn zgłaszających
swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr
(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę
Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1421/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Obwodu Utrzymania Drogi (OUD Tatary) jako etap budowy drogi ekspresowej S-7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10) na odcinku Nidzica - Napierki", nr postępowania O/OL.D-3.2412.18.2019.1-4, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 536166 - N - 2019, data zamieszczenia 12.04.2019 r., przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 19.07.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - A. W. i J. W. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą: FHU Arko-Rol s.c. A. W. J. W., ul. Wiecherta 19/3, 10-691 Olsztyn zwanej dalej: „FHU Arko-Rol s.c. A. W. J. W.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwanej dalej: „Budimex S.A.” albo „Odwołującym”.

W dniu 23.07.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Budimex S.A. wniosła odwołanie na w/w czynność z 19.07.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.07.2019 r. (e-mailem). Przedmiotem odwołania jest:

1) zaniechanie uznania oferty Wykonawcy A. W. J. W. prowadzącymi łącznie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: FHU Arko-Rol s.c., REGON 280016283, NIP 7393474275, za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;

2) wyborze oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Niniejszym zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji gdy nie odpowiada ona treści SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

W związku z powyższym wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) uwzględnienia odwołania;

2) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy i powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zarzute naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 b) Pzp - nieprawidłowość wniesienia wadium przez Wykonawcę. Zgodnie z rozdziałem 1 pkt. 16 SIWZ Wykonawca był zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 160.000,00 PLN. Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt. 7b) Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. W przedłożonej przez Wykonawcę ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej jako Wykonawca wskazany został FHU ARKO-ROL S.C.. z kolei oferta złożona została przez A. W. oraz J. W. prowadzących łącznie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: FHU Arko-Rol s.c., REGON 280016283, NIP 7393474275. Odwołujący podnosił, iż spółka cywilna nie posiada osobowości prawnej i statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oświadczenie woli, jakim jest oferta, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników jako

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 2 pkt 11 Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W rozumieniu przywołanego przepisu spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy. Stosownie do art. 860 Kodeksu Cywilnego, znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 Pzp spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka taka jest jedynie umową zawartą przez jej współników, a żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej współników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w 331 k.c. Uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp. W tym też kontekście ocenić należy, kto jako Wykonawca winien zostać wskazany w złożonej przez Wykonawcę Ubezpieczeniowej Gwarancji przetargowej. Wskazał, iż zgodnie z wyrokiem KIO z 10.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1363/16 „Gwarancja wadialna ma charakter abstrakcyjny i samoistny, czyli niezależny od istnienia, zakresu i ważności innego zobowiązania, w tym będącego przedmiotem zabezpieczenia zobowiązania podstawowego. Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść gwarancji, która powinna być sformułowana w sposób precyzyjny, jasny i interpretowana w sposób ścisły. Dla skutecznego zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego winna wskazywać jasno na wykonawcę lub wykonawców, „wspólnie ubiegających się o udzielenie danego zamówienia”. Ponadto podkreślił, iż zgodnie z Ogólnymi Warunkami Umów o udzielanie Gwarancji Ubezpieczeniowych TUIR „Warta” S.A. tj. Gwaranta: „Wnioskodawca jest podmiot krajowy prowadzący działalność gospodarczą na terenie Rzeczypospolitej Polskiej we własnym linieniu i na własny rachunek lub konsorcjum podmiotów, z których przynajmniej jeden prowadzi działalność gospodarczą na terenie Rzeczypospolitej Polskiej”. Z uwagi na powyższe w przedłożonej przez Wykonawcę Ubezpieczeniowej Gwarancji przetargowej jako Wykonawca winni zostać wskazani wspólnicy spółki cywilnej składający wspólnie ofertę, a nie jak to błędnie zostało uczynione „FHU Arko-Rol s.c.” gdyż takiego podmiotu po prostu nie ma, spółka cywilna nie ma statusu przedsiębiorcy i nie prowadzi działalności gospodarczej. Spółka cywilna nie posiada ona również zdolności kontraktowej, gdyż jest to jedynie umowa zobowiązująca (przykładowo pod tym względem taka sama jak umowa sprzedaży, najmu, pożyczki). W umowie zawieranej ze spółką cywilną jako stroną powinni być wskazani wspólnicy spółki i to oni mają zdolność kontaktową. Spółka cywilna nie jest jednostką organizacyjną, zdolną do dokonywania czynności prawnych, a zatem nie może widnieć jako Wykonawca w ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej. Żaden przepis prawa nie przyznaje jej osobowości prawnej. Źródłem powstania spółki cywilnej jest umowa, zawarta przez współników (art. 860 § 1 k.c.). Zobowiązania zaciągają zatem wspólnicy, nie zaś spółka i nie zmienia tego użycie w art. 864 k.c. określenia „zobowiązania spółki”. Wyrok SN z 24 listopada 2005 r., III CK 207/2005, LexisNexis nr 2423412. Skoro bowiem spółka cywilna nie ma w obowiązującym stanie prawnym statusu przedsiębiorcy odrębnego od jej współników (art. 4 ust. 2 u.s.d.g.), przeto nie może działać pod firmą, gdyż przymiot ten przysługuje wyłącznie przedsiębiorcy (art. 432 § 1 k.c.) i podlega ujawnieniu we właściwym rejestrze (art. 432 § 2 k.c. - Wyrok WSA we Wrocławiu z 8 lipca 2009 r.; III SA/Wr 53/2009, LexisNexis nr 2120871).

Istotnym w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż opisane powyżej błędy dotyczące wadium nie mogą być naprawione. Zabezpieczenie wadialne nie podlega bowiem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Warto tu wskazać na wyrok KIO z 11.03.2015 r., sygn. akt: KIO 368/15, gdzie Izba orzekła: „W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że wadium pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doniosłą rolę - stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań”.

Nie wolno również zapominać, że z uwagi na fakt, iż wadium nie stanowi ani treści oferty wykonawcy, ani dokumentu, o którym mowa w przepisach Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231) Zamawiający jest pozbawiony zarówno możliwości wyjaśniania treści tego dokumentu, czy to w oparciu o przepis art. 26 ust. 4, czy art. 87 ust. 1 Pzp, jak i wzywania o jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i wreszcie poprawiania w. nim jakichkolwiek omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp. Prawidłowe zabezpieczenie wadium polega na istnieniu po stronie zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w Pzp, kwota wadium rzeczywiście zostanie zamawiającemu wypłacona. (KIO 531/17). Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z 30.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2429/17 przepis

art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) ma zastosowanie do sytuacji, gdy wbrew żądaniu zamawiającego oferta złożona w postępowaniu nie jest zabezpieczona wadium bądź zabezpieczenie nie jest skuteczne. Brak skuteczności rozumieć należy jako brak możliwości bezwarunkowego wyegzekwowania kwoty wadium w przypadku wypełnienia ustawowych przesłanek z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy. Mając na uwadze, iż wadium zostało wniesione przez podmiot nieposiadający osobowości prawnej bezwarunkowe wyegzekwowanie byłoby nieskuteczne. Mając na uwadze powyższe okoliczności, złożoną ofertę ocenić należało jako podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp tj. „Zamawiający odrzuca ofertę gdy wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy co bez wątpienia miało miejsce w przedstawionym stanie faktycznym gdzie wadium nie zostało wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a przez spółkę cywilną wskazaną pod nazwą: „FHU Arko-Rol s.c.”.

Zamawiający w dniu 23.07.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.07.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) FHU Arko-Rol s.c. A. W. J. W. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 05.08.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Zamawiający stwierdził, że Wykonawcy A. W. i J. W. działający wspólnie w ramach spółki cywilnej, złożyli wspólną ofertę jako Firma Handlowo - Usługowa Arko - Rol s.c. A. W., J. W. z siedzibą przy ul. Ernsta Wiecherta 19/3, 10-691 Olsztyn, NIP 7393474275 oraz REGON 280016283. Powyższe wynika jednoznacznie z formularza ofertowego, jak i oświadczeń składających się na ofertę (str. 218 dokumentacji postępowania) oraz oświadczeń przedłożonych przez Wykonawcę w toku postępowania, np. oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (str. 184 dokumentacji postępowania) czy oświadczeń złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - wykazu robót budowlanych (str. 110 dokumentacji postępowania) i wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (str. 134 dokumentacji postępowania). Wskazane pisma zostały podpisane przez obojgu współników, tj. A. W. i J. W. Z informacji zawartych w wypisach z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej CEIDG) każdego ze współników Arko-Rol s.c. wynika, że prowadzą oni działalność wyłącznie w formie spółki/spółek cywilnych, pod wspólnym adresem, tj. ul. Ernsta Wiecherta 19/3, 10-691 Olsztyn. Dalej podane są dane spółki cywilnej, której współnikiem jest dany przedsiębiorca, tj. Numer Identyfikacji Podatkowej (NIP) oraz numer identyfikacyjny REGON. Powszechnie wiadomym jest, że dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej, ogólnie obowiązujące przepisy prawa przewidują nadanie wspólnych numerów NIP oraz REGON, niezależnie od nr NIP i REGON nadanych poszczególnym współnikom. W tym przypadku dla obu przedsiębiorców podany jest ten sam NIP 7393474275 oraz REGON 280016283 spółki cywilnej. Te same identyfikatory spółki zostały wymienione zarówno w formularzu ofertowym, jak i w kwestionowanej przez Odwołującego Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr 912700255340 z 14.05.2019 r. (str. 234 dokumentacji postępowania) załączonej przez Wykonawcę do oferty, stanowiącej wadium wniesione w niniejszym postępowaniu. Zaznaczyć należy, że ogólnodostępny portal CEIDG umożliwia wyszukiwanie przedsiębiorców również poprzez podanie NIP-u i REGON-u spółki cywilnej. W takim przypadku w wynikach wyszukiwania wskazywane są wpisy do CEIDG poszczególnych współników spółki cywilnej. W przypadku Arko-Rol s.c. w wynikach wyszukiwania pojawiają się wpisy obojgu współników. Jak wynika z powyższego oznaczenia NIP i REGON pozwalają na dokładne, niebudzące żadnych wątpliwości określenie i zidentyfikowanie każdego oznaczonego nimi podmiotu. Wobec powyższego, twierdzenie Odwołującego, jakoby wadium nie zostało wniesione przez wykonawców A. W. i J. W. składających wspólną ofertę, a przez podmiot nieistniejący - spółkę cywilną wskazaną pod nazwą „FHU Arko-Rol s.c.” (której „po prostu nie ma”) nie ma potwierdzenia w istniejącym stanie faktycznym. Zamawiający nadmieniał również, że Wykonawca załączył do oferty potwierdzenie przelewu opłaty za wystawioną gwarancję (str. 236 dokumentacji postępowania). Właścicielem konta, z którego zrobiono przelew jest Firma Handlowo - Usługowa Arko-Rol s.c. A. W., J. W.. Odwołujący wyciąga zbyt daleko idące wnioski, nie dając dowodów na potwierdzenie swoich domniemań. Budimex S.A. upatruje nieprawidłowości w wystawionej gwarancji, a w zasadzie sprzeczności ze złożoną ofertą, w braku wskazania w niej imion i nazwisk współników spółki cywilnej. Zamawiający zaznacza, że wszystkie dane spółki cywilnej znajdujące się w treści gwarancji, identyfikują również jej współników. Nie ulega zatem wątpliwości, że podmiot, który złożył ofertę, to ten sam

podmiot, który wniósł wadium.

Przywołał także wyrok KIO w analogicznej sprawie z 13.07.2010 r., sygn. akt. KIO/1330/10. W ocenie Odwołującego błędem jest, iż gwarancja została wystawiona na spółkę cywilną. Jednak, jak wynika z zapisów Ogólnych Warunków Umów o udzielenia Gwarancji Ubezpieczeniowych TUIR Warta S.A., gwarancja nie mogła być wystawiona na wniosek spółki cywilnej, lecz tylko i wyłącznie na prawidłowo złożony wniosek jej wspólników, którzy działają łącznie w formie spółki cywilnej. W związku z tym, zdaniem Zamawiającego błąd nie został tu popełniony. Istotnym jest, że Zamawiający ma pełną, potwierdzoną urzędowymi dokumentami, wiedzę na temat tego, jakie osoby są wspólnikami we wskazanej spółce cywilnej.

Dodatkowo, Zamawiający wskazuje, że Pzp nie określa, jak powinna brzmieć treść gwarancji. Zamawiający nie zawarł również w SIWZ żadnych wymagań co do jej brzmienia odnośnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub spółek cywilnych. Wskazał, że wbrew twierdzeniom Budimex S.A., przedłożona gwarancja zabezpiecza ofertę na okres związania ofertą. Nie ma bowiem żadnych podstaw do stwierdzenia, że potencjalnie Zamawiający nie mógłby zaspokoić się z gwarancji z uwagi na nieumieszczenie jedynie w tekście gwarancji imion i nazwisk wspólników. Jak wskazano powyżej, w gwarancji wskazano zarówno NIP i Regon spółki, który pozwala na zidentyfikowanie jej wspólników. Zamawiający zaś zweryfikował prawdziwość danych podawanych przez Wykonawcę na podstawie dokumentów urzędowych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z postanowień SIWZ, kopii Ubezpieczeniowej Gwarancji Przetargowej Nr 912700255340 z 14.05.2019 r. załączonej do oferty przez Przystępującego, jak i wskazanych w treści odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego kart dokumentacji przetargowej - tj. str. 110, 134, 184, 218 i 236. Karta dokumentacji przetargowej - str. 234 to kopia Ubezpieczeniowej Gwarancji Przetargowej Nr 912700255340 z 14.05.2019 r. uznana już za dowód w sprawie.

W poczet materiału dowodowego zaliczono także załączone przez Odwołującego do odwołania dowody:

- 1) Dwa wydruki z CEIDG dla A. W. oraz dla J.W.;
- 2) Ogólne Warunki Umów o udzielanie Gwarancji Ubezpieczeniowych TUIR „Warta” S.A.

Dodatkowo Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożony przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie:

- Wydruk wyniku wyszukiwania Arko-Rol s.c. w CEIDG, tj. ogólnodostępnym portalu CEIDG.

Izba uznała także za dowód w sprawie złożone przez Przystępującego na rozprawie:

- 1) Oświadczenie z 31.07.2019 r. TUIR „WARTA” S.A. wraz z pełnomocnictwem z 01.03.2018 r. dla osoby je podpisującej,
- 2) Kopię wniosku o udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej z 14.05.2019 r. skierowanego przez Przystępującego do TUIR „WARTA” S.A.

W tym kontekście, Izba oddaliła wniosek o pominiecie wskazanych wyżej dowodów, uznając, że są one istotne z punktu widzenia ustalenia zgodnego zamiaru stron i celu umowy (podobnie w wyroku KIO z 24.04. 2017 r., sygn. akt: KIO 632/17, gdzie również uznano dowód w postaci pisma wystawcy gwarancji złożony na rozprawie. Jednocześnie, za

protokołem, oddalono wniosek o odroczenie rozprawy, gdyż Odwołujący ostatecznie nie wskazał jaki kontrdowód chciałby złożyć wobec dowodów złożonych przez Przystępującego na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania oraz podtrzymanego na posiedzeniu i rozprawie zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy nie odpowiada ona treści SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje na sformułowanie przez Zamawiającego następujących postanowienia SIWZ w rozdz. 16: „16. WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM

16.1. Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości: 160.000,00 PLN (słownie: sto sześćdziesiąt tysięcy złotych 00/100).

16.2. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, w zależności od wyboru Wykonawcy.

16.3. Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale i musi obejmować cały okres związania ofertą.

Zamawiający dopuszcza wniesienie wadium w formie poręczeń lub gwarancji w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego. Oryginał wadium, sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez gwaranta, nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. Wadium w formie elektronicznej musi być przesłane na adres e-mail wskazany w pkt. 12.1 IDW przed upływem terminu składania ofert.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji należy wskazać - „Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn”.

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

16.4. Wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy musi wpłynąć na rachunek bankowy Zamawiającego nr 39 1130 1189 0025 0119 8890 0001 (w tytule przelewu należy wpisać znak postępowania), najpóźniej przed upływem terminu składania ofert.

Ze względu na ryzyko związane z czasem trwania okresu rozliczeń międzybankowych Zamawiający zaleca dokonanie przelewu ze stosownym wyprzedzeniem.

16.5. Zamawiający dokona zwrotu wadium na zasadach określonych w art. 46 ust. 1- 4

ustawy Pzp. Za skuteczny zwrot wadium wniesionego w postaci dokumentu elektronicznego w formie poręczenia lub gwarancji uważać się będzie złożenie Wykonawcy oświadczenia o jego zwolnieniu.

16.6. Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. ”.

W dalszej podnosząc, za odwołaniem, że w przedłożonej przez Wykonawcę ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej jako Wykonawca wskazany został FHU ARKO-ROL S.C.. Z kolei oferta złożona została przez A. W. oraz J. W. prowadzących łącznie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą: FHU Arko-Rol s.c., REGON 280016283, NIP 7393474275.

Zgodnie zaś z art. 89 ust 1 pkt. 7b) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznała, że zarzut odwołania, a w konsekwencji całe odwołanie należy oddalić.

Wskazując w pierwszej kolejności, za dokonany powyżej ustaleniami, że zasadnie podnosił Zamawiający w swojej odpowiedzi na dowołanie, że nie zawarł w SMW żadnych wymagań co do brzmienia gwarancji wadialnej odnośnie do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub spółek cywilnych.

Następnie podkreślając, że Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego przedstawionego na rozprawie, uznając, że w przedmiotowym stanie faktycznym konieczne jest zastosowanie wykładni spornego zobowiązania gwarancyjnego w oparciu o art. 65 Kc. Podnosząc za wyrokiem SN z 30.11.2018 r., sygn. akt: I CSK 662/17, że: „Oświadczenia woli prowadzące do ukształtowania zobowiązania gwarancyjnego podlegają wykładni stosownie do art. 65 k.c., w tym także w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie, od spełnienia jakich warunków miało w konkretnym przypadku zależeć powstanie obowiązku spełnienia świadczenia przez gwaranta na rzecz beneficjenta gwarancji. Dyrektywy interpretacyjne zawarte w art. 65 k.c. odnoszą się zarówno do wszystkich kategorii czynności prawnych (§ 1), jak i wyłącznie do umów (§ 2 k.c.). Konsekwencją tego unormowania jest konieczność dokonania wykładni umów na trzech poziomach, tj. ustalenia literalnego brzmienia umowy, ustalenia treści oświadczeń woli przy zastosowaniu reguł określonych w art. 65 § 1 k.c. oraz ustalenie sensu złożonych oświadczeń woli poprzez odwołanie się do zgodnego zamiaru stron i celu umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2011 r., V CSK 204/10, nieopubl.).

O zasadach dokonywania wykładni oświadczeń woli Sąd Najwyższy szczegółowo wypowiedział się w wyroku z 8 października 2004 r., V CK 670/03 (OSNC 2005, nr 9, poz. 162), a poglądy wyrażone w uzasadnieniu tego wyroku w całości podziela Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c., oprócz kontekstu językowego, przy interpretacji oświadczenia woli powinno się brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny, na który składają się w szczególności dotychczasowe doświadczenia stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z 4 lipca 1975 r., III CRN 160/75, OSPIKA 1977, nr 1, poz. 6). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 k.c. wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem; dotyczy to zresztą wszelkich oświadczeń woli składanych innej osobie (por. uchwałę Sądu Najwyższego z 11 września 1997 r., III CZP 39/97, OSNC 1997, nr 12, poz. 191). Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy - przez analogię do art. 491 §2, art. 492 i art. 493 k.c. - cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst je wywołujący (in dubio contra proferentem).”.

Taka wykładnia na wszystkich trzech wskazanych powyżej poziomach winna także uwzględniać zgodny zamiar stron i cel umowy. Jednocześnie przyjęcie koncepcji przeciwnej i oparcie się jedynie na literalnym brzmieniu przedmiotowej spornej gwarancji ubezpieczeniowej nie daje się pogodzić z zasadami współżycia społecznego, których uwzględnienie ma na celu uzyskanie takich wyników wykładni oświadczeń woli, które wskazują największy stopień zgodności z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi (wyrok SN z 04.06.2003 r., sygn. akt I CKN 473/01, niepubl.). W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie niewykonalnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu

charakterowi działalności ubezpieczyciela, jak i racjonalnemu działaniu Odwołującego i tym samym nie daje się pogodzić ze zgodnym zamiarem stron niniejszej umowy i jej celem, (podobnie wyrok KIO z 10.05.2011 r., sygn. akt: KIO 883/11). W konsekwencji należy więc, uwzględniając cel umowy, którym jest udzielenie zabezpieczenia i zamiar stron, jak również kontekstu sytuacyjnego (okoliczności wystawienia gwarancji) uznać, że umowa gwarancji (gwarancja wadialna nie jest jednostronnym oświadczeniem woli, ale umową) została zawarta w celu zabezpieczenia Zamawiającemu konkretnego zabezpieczenia. (podobnie wyrok KIO z 24.04.2017 r., sygn. akt: KIO 632/17).

Izba podkreśla także, że zgodnie z § 2 pkt 3 Ogólnych Warunków Umów o udzielanie

Gwarancji Ubezpieczeniowych TUIR „Warta” S.A. - „umowa o udzielenie gwarancji to pisemna umowa między Wnioskodawcą i Gwarantem, w której Gwarant zobowiązuje się do udzielenia Gwarancji na rzecz wskazanego przez Wnioskodawcę Beneficjenta i na określonych warunkach, a Wnioskodawca do pełnego zaspokojenia roszczeń Beneficjenta (...)”. Za dopuszczalnością wykładni gwarancji opowiedziano się także m.in. w wyroku KIO z 18.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1170/16, sygn. akt: KIO 1172/16, sygn. akt: KIO 1173/16, czy też przywołany już wyrok KIO z 10.05.2011 r., sygn. akt: KIO 883/11 oraz wyrok KIO z 24.04.2017 r., sygn. akt: KIO 632/17).

W przedmiotowych okolicznościach o zamiarze stron świadczą złożone przez Przystępującego dowody na rozprawie, tak oświadczenie wystawcy gwarancji, jak i wniosek, który był podstawą wystawienia spornej ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej. Zgodnie ze

stanowiskiem wystawcy gwarancji z 31.07.2019 r.: „(.) Użycie w ubezpieczeniowej Gwarancji Przetargowej Nr 912700255340 skróconej nazwy Wykonawcy nie rzutuje na ważność udzielonej ubezpieczeniowej Gwarancji Przetargowej Nr 912700255340. Tym

samym wystawiona w dniu 14.05.2019 r. Ubezpieczeniowa Gwarancja Przetargowa Nr 912700255340 potwierdza zabezpieczenia przez TUIR „WARTA” S.A. określonych zobowiązań Wnioskodawcy A. W. i J. W. (.) wobec Beneficjenta (.)”. Potwierdza to skuteczność gwarancji i w wystarczający sposób zabezpiecza interes Zamawiającego. Naddto, że złożonego wniosku z 14.05.2019 r. wynika jednoznacznie, że złożyli go i podpisali obaj wspólnicy prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej, oraz w jakim celu - wniosek o udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej oraz na jaką okoliczność - poprzez wskazanie beneficjenta i przedmiotu przetargu.

Jednocześnie Izba przychyliła się również do stanowiska Zamawiającego, że wobec wskazania NIP-u i REGON-u spółki cywilnej w ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej, jak i stwierdzenia znajdującego się w CEIDG-u, że obaj wspólnicy prowadzą działalność gospodarczą wyłącznie w formie spółki cywilnej nie można mieć pewności co do tożsamości podmiotu wskazanego jako Wykonawca w gwarancji i podmiotu, który złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający przedstawił także wydruk wyniku wyszukiwania Arko-Rol s.c. w CEIDG, tj. ogólnodostępnym portalu CEIDG, który umożliwia wyszukiwanie przedsiębiorców również poprzez podanie NIP-u i REGON-u spółki cywilnej. W takim przypadku w wynikach wyszukiwania wskazywane są wpisy do CEIDG poszczególnych wspólników spółki cywilnej. W przypadku Arko-Rol s.c. w wynikach wyszukiwania pojawiają się wypisy obydwu wspólników. Jak wynika z powyższego oznaczenia NIP i REGON pozwalają na dokładne, niebudzące żadnych wątpliwości określenie i zidentyfikowanie każdego oznaczonego nimi podmiotu.

Dodatkowo Izba wskazuje, że w wyroku KIO z 29.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2482/11, Izba - w wypadku błędnego oznaczenia podmiotu zobowiązanego w treści gwarancji ubezpieczeniowej pominięcia imienia i nazwiska osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą - wywiodła tożsamość z Wykonawcą, który złożył ofertę, na podstawie tego samego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej/miejsca zamieszkania.

Z kolei w wyroku KIO z 04.05.2011, sygn. akt: KIO 810/11, gdzie również w gwarancji, podając nazwę zobowiązanego nie przywołano imienia i nazwiska osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą stwierdzono, że: „Biorąc pod uwagę restrykcyjne regulacje prawne dotyczące prowadzenia działalności ubezpieczeniowej czy zasady współżycia społecznego i zwyczaje handlowe panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, w sposób nie budzący wątpliwości można przyjąć, iż (...) wystawiając przedmiotową gwarancję, w dobrej wierze, której domniemanie należy przyjąć, zobowiązała się do wypłaty kwoty gwarantowanej na pisemne żądanie określonego beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności niezależnie od własnego błędu w oznaczeniu firmy pod którą osoba fizyczna prowadzi działalność gospodarczą.”.

Należy także zgodzić ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku KIO z 13.07.2010 r., sygn. akt. KIO/1330/10, że „(...) pomimo konsekwentnego użycia nieprawidłowej nazwy podmiotu prowadzącego działalność w formie spółki cywilnej zarówno w formularzu ofertowym jak i w dokumencie wadium, Zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy z postępowania (aktualnie sankcja odrzucenia oferty - dopisek autora uzasadnienia) pod zarzutem nie wniesienia wadium, ponieważ brak przeszkód do ustalenia nazwisk i imion oraz adresu osób składających ofertę i wadium.”. W tym zakresie bowiem: „Nie może ostać się stanowisko Zamawiającego, ponieważ skoro z treści złożonej oferty wynika, że złożona została ona przez wykonawców A. J. i E. J., którzy oznaczyli się jako podmiot EL-SAN-BUD A.J. i Wspólnicy s.c. to nie oznacza, że wadium złożone przez wykonawcę EL-SAN-BUD A.J. i Wspólnicy s.c. nie zabezpiecza złożonej oferty, ponieważ spółka cywilna nie jest podmiotem obrotu gospodarczego. Stanowisko Zamawiającego jest co prawda prawidłowe w zakresie, iż obowiązujące prawo nie daje spółce cywilnej podmiotowości prawnej w zakresie występowania w obrocie prawnym z uwagi na treść art. 860 i następnych k.c. oraz wyżej wymienionej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, z których to regulacji wynika, że spółka cywilna jest tylko stosunkiem zobowiązaniowym, a osoby prowadzące działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej powinny oznaczać się przez podanie imienia i nazwiska oraz adresu. Niemniej jeżeli z dokumentów i oświadczeń złożonych do oferty można wywieść jakie podmioty składają ofertę, co ma miejsce w przedmiotowej sytuacji

(powyżej opisane: oświadczenia - zał. Nr 2 i 3, zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenia o nadaniu numeru REGON i NIP dla celów rozliczania podatku VAT oraz podpisy na formularzu ofertowym i pozostałych oświadczeniach i dokumentach oraz załączone dokumenty umowy spółki) to niezgodne z ogólnie obowiązującymi przepisami prawa oznaczenie nazwy podmiotu składającego ofertę, w którego treści użyto nazwy wykonawcy nie wymieniającej imion i nazwisk wszystkich wspólników spółki cywilnej, nie może skutkować wykluczeniem z postępowania takiego wykonawcy Tym samym zarzut Zamawiającego nie złożenia wadium, ponieważ w dokumencie wadium, również jak w formularzu ofertowym użyto konsekwentnie takiej samej nazwy wykonawcy to jest nie wymieniającej imion i nazwisk wszystkich wspólników, należy uznać za nieuprawniony. Taka ocena przez Zamawiającego złożonej oferty i wadium jest zbyt formalistyczna i narusza prawa wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w myśl art. 7 ustawy, zgodnie z którym zamawiający przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a czynności związane z przeprowadzeniem postępowania wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.”.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający, poprzez wskazane karty dokumentacji w odpowiedzi na odwołanie wykazał jaki de facto podmiot załączył dokument ubezpieczeniowej gwarancji wadium i że jest on tożsamy z Wykonawcą który złożył ofertę, chociażby poprzez potwierdzenie przelewu opłaty za wystawioną gwarancję.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie: