

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm w składzie: **RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa (lider) oraz STIMO N..... Sp. j., z siedzibą dla lidera: 30-019 Kraków, ul. Mazowiecka 25** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Mazowieckie, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26,**

przy udziale wykonawcy **ECM Group Polska S.A, 00-124 Warszawa, Rondo ONZ 1,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street, WT 4BQ Londyn, Wielka Brytania, reprezentowanego w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce, 00-103 Warszawa, ul. Królewska 16,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm w składzie: **RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa (lider) oraz STIMO N..... Sp. j., z siedzibą dla lidera: 30-019 Kraków, ul. Mazowiecka 25** i:

1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm w składzie: **RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa (lider) oraz STIMO N..... Sp. j., z siedzibą dla lidera: 30-019 Kraków, ul. Mazowiecka 25,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

2

KIO 726/14

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Mazowieckie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie usługi In ynieria Kontraktu w ramach realizacji zadania pn. „Budowa systemu energii odnawialnej – kolektory słoneczne w zakładach opieki zdrowotnej, dla których organem tworzącym jest Samorząd Województwa Mazowieckiego.

W dniu 11 kwietnia 2014 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm w składzie: **RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa z**

siedzibą w Krakowie oraz STIMO N..... Sp. j. z siedzibą w Krośnie [dalej tak e, jako „Konsorcjum RB”], złożyli odwołanie wobec wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złoży onej przez wykonawcę ECM Group Polska S.A., jak to wobec wykluczenia Konsorcjum RB z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej tak e, jako „Pzp”], w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo że Odwołujący wniósł wadium do upływu terminu składania ofert we właściwej formie i wysokości;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A., jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złoży onej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny oferty złoży onej przez Odwołującego,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż przekształcenie Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. z siedzibą w Krakowie w RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa nastąpiło w dniu 19 lutego 2014 r. w trybie i na zasadach uregulowanych w Dziale III Tytułu IV Kodeksu spółek handlowych poprzez przekształcenie jednej spółki osobowej w inną spółkę osobową. Tym samym w ocenie Odwołującego nie sposób zgodzić się ze

3

stwierdzeniami Zamawiającego, iż gwarancja ubezpieczeniowej zapłaty wadium została wystawiona na nieistniejący podmiot lub na zasadzie sukcesji generalnej, o której mowa w art. 553 KSH. Odwołujący podnosił, iż RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa jest tą samą spółką, co Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. – RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa kontynuuje byt prawny Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j., a w/w spółki różnią się tylko swoją formą prawną. Odwołujący wskazywał, że RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa jest kontynuatorką Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. Zatem obojętność, że gwarancja ubezpieczeniowej zapłaty wadium wskazuje w swojej treści jako oferenta Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. nie ma żadnego znaczenia, spółka ta bowiem kontynuuje obecnie swój byt prawny jako RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa, a wadium ustanowione na zlecenie Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. zabezpiecza ofertę złoży onej przez RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa. Odwołujący podkreślał, że „(...) mamy tutaj do czynienia z tą samą spółką, co przed przekształceniem, a zmiana jej formy prawnej nie ma żadnego wpływu ani znaczenia dla wańności i skuteczności gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.” Odwołujący stwierdził również, iż nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że dla skutecznego wniesienia wadium konieczne było, aby spółka RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa przejęła gwarancję wystawioną na zlecenie Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. i aby prawa z tej gwarancji przeszły na spółkę przekształconą. Stanowisko takie w ocenie Odwołującego nie ma żadnego oparcia w przepisach i jest sprzeczne z zasadami wystawiania oraz mechanizmem funkcjonowania gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący podnosił, iż z gwarancji ubezpieczeniowej nie wynikają żadne prawa dla wykonawcy, którego ofertę gwarancja zabezpiecza, natomiast wszelkie uprawnienia wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej przysługują tylko i wyłącznie jej beneficjentowi, czyli Zamawiającemu. To Zamawiający i tylko Zamawiający może wykonać uprawnienia wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej. Natomiast wykonawca poprzez ustanowienie gwarancji ubezpieczeniowej żadnych uprawnień nie zyskuje, nie jest zatem po prostu mo liwe, aby prawa z tej gwarancji przeszły ze spółki przekształcanej na spółkę przekształconą skoro prawa takie nigdy nie powstały. W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie jest poza sporem, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, zabezpieczająca ofertę Odwołującego, wskazuje jako jej beneficjenta Zamawiającego i to Zamawiający na zasadach w niej określonych może się zwrócić do ubezpieczyciela o wypłatę kwoty wadium i kwotę tą otrzymać. Zdaniem

Odwolującego, ze względu na zasadę kontynuacji nie jest równie potrzebne ani mowe adne „przejęcie” gwarancji, gdy wszelkie prawa spółki przekształconej z mocy ustawy przysługują spółce przekształconej. Odwołujący wskazywał równie , i prawo poslu enia się gwarancją ubezpieczeniową wystawioną na zlecenie Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j., wynika nie z gwarancji ubezpieczeniowej, ale z umowy zlecenia o okresowe

4

udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych kontraktowych nr UO/GKR/30/2010/051-18-01-00 z dnia 25.10.2010 r. łączącej RB Services Sp. z o.o. Spółka komandytowa z Powszechnym Zakładem Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, i przepisy art. 45 i 46 ustawy Pzp nie określają zasad wnoszenia wadium. Zawarty w art. 45 ust. 1 ustawy zwrot „Zamawiający ąda od wykonawców wniesienia wadium (...)” nie oznacza, obowiązku wniesienia wadium wyłącznie przez wykonawcę. Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, e wniesienie wadium jest skuteczne, je eli wadium wniesie wykonawca lub jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wadium, mo e więc skutecznie wnieść podmiot trzeci. Wykonawca zlecając podmiotowi trzeciemu wniesienie w jego imieniu wadium nie ma tak e obowiązku udzielać mu w tym celu pełnomocnictwa, gdy wniesienie wadium nie jest czynnością prawną, lecz faktyczną. Odwołujący wskazywał, i „(...) wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej mogłoby zostać ustanowione na zlecenie podmiotu trzeciego, niebędącego wykonawcą i nieubiegającego się o udzielenie danego zamówienia, istotne w takim wypadku byłoby jedynie to, czy dokument potwierdzający ustanowienie wadium wskazywałby w czym imieniu lub na czyją rzecz wadium zostało ustanowione. Niewątpliwie dokument gwarancji ubezpieczeniowej zło ony wraz z ofertą Odwołującego wskazuje czyją ofertę i w jakim postępowaniu zabezpiecza. Faktycznie, jako oferenta w treści gwarancji ubezpieczeniowej wskazano Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j., niemniej jednak w świetle wskazanych powy ej przepisów k.s.h. i wynikającej z nich zasady kontynuacji nie ma adnych wątpliwości, e RB Services Sp. z o.o. sp. komandytowa winna być traktowana, jako Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j., działająca jedynie w zmienionej formie prawnej, a zatem jako ta sama spółka.”

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Województwo Mazowieckie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie usługi In ynieria Kontraktu w ramach realizacji zadania pn. „Budowa systemu energii odnawialnej – kolektory słoneczne w zakładach opieki zdrowotnej, dla których organem tworzącym jest Samorząd Województwa Mazowieckiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2014 r., pod numerem 2014/S 012-017028.

Zgodnie § 8 SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 70.000,00 zł.

5

Do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 26 luty 2014 r., swoje oferty zło yli następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum RB na kwotę 1.220.000,00 zł brutto;
- 2) Ove Arup & Partners International Limited, z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania, reprezentowany w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce, z siedzibą w Warszawie na kwotę 2.600.000,00 zł brutto;
- 3) Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o. o. z siedzibą w Ciechanowie na kwotę 2.669.100,00 zł brutto;
- 4) ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 2.124.210,00 zł brutto;
- 5) OTS IP Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie na kwotę 2.243.520,00 zł brutto.

Izba ustaliła, i wykonawca Konsorcjum RB załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr GWo/76/2014/051-18-01-00 z dnia 20 lutego 2014 r., Z dokumentu gwarancji wynika, i Gwarantem jest Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie, Beneficjentem Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie natomiast, jako Oferenta wskazano Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. z siedzibą w Krakowie. Z treści gwarancji (§ 1 ust. 2) wynika, i gwarancja stanowi

zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami SIWZ w przetargu na wykonanie usługi In ynera Kontraktu w ramach realizacji zadania pn. „Budowa systemu energii odnawialnej – kolektory słoneczne w zakładach opieki zdrowotnej, dla których organem tworzącym jest Samorząd Województwa Mazowieckiego” ogłoszonym przez Beneficjenta. Z treści § 2 ust. 1 gwarancji wynika, i biorąc pod uwagę fakt, e Oferent składa Beneficjentowi ofertę w przetargu wymienionym w § 1 ust. 2, Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje na rzecz Beneficjenta zapłatę kwoty 70.000,00 zł - suma gwarancyjna. Zgodnie z § 3 ust. 1 gwarancji obowiązuje ona od dnia 26.02.2014 r. do dnia 26.04.2014 r.

Izba ustaliła również, i spółka jawna Info Solutions A. S..... C. C..... z siedzibą w Krakowie została przekształcona w spółkę RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa. Przekształcenie nastąpiło w dniu 19 lutego 2014 r.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożyła ona przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Tym samym pismem, Zamawiający poinformował, i działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył z postępowania Konsorcjum RB. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, i złożył wraz z ofertą dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, został wystawiony dnia 20 lutego 2014 a jako oferent wskazana jest firma Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. z siedzibą w Krakowie, która w dniu 19 lutego 2014 r. została przekształcona w nowy podmiot działający pod nazwą RB Services sp. z o. o. Spółka komandytowa. Gwarancja ubezpieczeniowej zapłaty wadium została zatem wystawiona na nieistniejący podmiot. Na dzień

6

przekształcenia, tj. na dzień 19 lutego 2014 r.. Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. nie dysponowała gwarancją ubezpieczeniowej zapłaty wadium, zatem na zasadzie sukcesji generalnej, o której mowa w art. 553 Kodeks spółek handlowych, spółka RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa nie mogła jej przejąć, a prawa z niej nie mogły przejść na spółkę przekształconą.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, i Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

- 1) ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Ove Arup & Partners International Limited, z siedzibą w Londynie, Wielka Brytania, reprezentowany w Polsce przez Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. Oddział w Polsce, z siedzibą w Warszawie.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium złożonej przez Konsorcjum RB, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron i Uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, i nie została wypełniona adna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, i Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdy w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Jak wskazywał sam Odwołujący, cytując jednego z komentatorów istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest zobowiązanie ubezpieczyciela do świadczenia pieniędzy w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5

7

ustawy Pzp. W razie ich wystąpienia zapłata winna nastąpić nieodwołalnie,

bezw warunkowo, na pierwsze ądanie zamawiającego i taka konstrukcja prawna wadium ma gwarantować zamawiającemu pewność zaspokojenia roszczenia na wypadek zaistnienia tych okoliczności ustawowych. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby, gwarancja przedło ona wraz z ofertą przez Odwołującego takiej pewności nie daje. Bezspornie, jako oferenta wskazano Info Solutions A. S..... C. C..... Sp. j. i w dniu wystawienia gwarancji, tj. 20 lutego 2014 r., Gwarant zobowiązał się do zapłaty na rzecz Beneficjenta określonej kwoty w związku ze zło eniem w przedmiotowym postępowaniu oferty przez w/w podmiot. Jednak e, co równie bezsporne, oferta została zło ona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: RB Services Sp. z o. o. Spółka komandytowa oraz STIMO N..... Sp. j. O ile niewątpliwie jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy zło yli ofertę jest spółka komandytowa przekształcona ze spółki Info Solutions A. S....., C. C..... Sp. j. to istotnym pozostaje równie fakt, i w dniu 19 lutego 2014 r., spółka jawna Info Solutions A. S..... C. C..... została wykreślona z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, podczas gdy gwarancję, w której jako oferenta wskazano tę spółkę jawną wystawiono 20 lutego 2014 r. Tym samym w chwili pozyskania dokumentu gwarancji podmiot, na rzecz którego dokument ten został wystawiony nie mógłby skutecznie zło yć oferty pod spółką jawną, wobec jej wykreślenia z odpowiedniego rejestru. Zgadzając się z Odwołującym, i z tytułu gwarancji wadialnej to Zamawiający nabywa prawo do zaspokojenia się z niej w sytuacji wystąpienia określonych zdarzeń, to nie sposób pominąć, i skoro gwarancja zabezpiecza ofertę spółki jawnej, która wcześniej, przed datą wystawienia gwarancji, została przekształcona w spółkę komandytową, to Zamawiający mógłby mieć trudność w dochodzeniu praw z tej gwarancji. Izba nie przesądza, i uzyskanie przez Zamawiającego świadczenia na podstawie tej gwarancji zapłaty wadium nie byłoby w ogóle mo liwe. Nie mo na wykluczyć, i np. w drodze sądowej Zamawiający uzyskałby zapłatę określonej kwoty pieniędzy, jednak e wątpliwości takie stoją w sprzeczności z istotą wadium, które ma zabezpieczać ofertę wykonawcy w sposób pewny i bezwzględny. Tym samym skoro gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium zło ona przez Odwołującego, nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia roszczenia i tym samym nie zabezpiecza w sposób bezwzględny i jednoznaczny zło onej przez niego oferty zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powy szego za niezasadne nale ało równie uznać zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na względzie powy sze, Izba orzekła jak w sentencji.

8

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

9