

GMINA BRENNA  
ul. Wyzwolenia 77  
43 - 438 BRENN A

Zp.271.1.29.2017

Brenna, dnia 04.12.2017 r.

## DO WSZYSTKICH UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

dotyczy: przetargu nieograniczonego na: „Termomodernizację budynku Szkoły Podstawowej nr 2 w Brennej z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30-10-2017 r., Numer ogłoszenia: 608895-N-2017 oraz na stronie internetowej [www.bip.brenna.org.pl](http://www.bip.brenna.org.pl) i tablicy ogłoszeń w Urzędzie Gminy w Brennej.

### ZAWIADOMIENIE O ODRZUCENIU OFERTY nr 3

Na mocy art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, zwanej dalej „ustawą PZP”) Zamawiający niniejszym pismem informuje, że w przedmiotowym postępowaniu, została odrzucona oferta następującego Wykonawcy:

#### Oferta nr 3

#### Konsorcjum Firm:

Lider : NORM-HAUS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA  
ul. Wolności 4/3, 46-300 Olesno,  
Członek : NORM- HAUS USŁUGI INWESTYCYJNE JANUSZ JELONEK  
ul. Zdroje 10C, 46-300 Olesno,

reprezentowane przez Pełnomocnika: Lidera Konsorcjum, zwanego dalej „Konsorcjum Firm”

#### Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający badając ofertę w pierwszej kolejności sprawdził, czy oferta złożona przez Konsorcjum Firm - jest prawidłowo zabezpieczona wadium.

Warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego było wniesienie wadium w wysokości 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) przed upływem terminu do składania ofert w następujących formach:

- w pieniądzu na konto Gminy Brenna lub w jednej lub kilku formach:



- poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,
- gwarancjach bankowych,
- gwarancjach ubezpieczeniowych,
- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2014 r. poz. 1804 oraz z 2015 r. poz. 978 i 1240).

Z dokumentu – Gwarancji Ubezpieczeniowej Przetargowej nr 1000000002651 z dnia 16.11.2017 r. wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych Medicum z siedzibą ul. Sienkiewicza 14, 03-310 Warszawa – złożonego wraz z ofertą przez Wykonawcę, o którym mowa powyżej, wynika iż nie wniósł on wadium prawidłowo, co należy rozumieć jako niewniesienie wadium. Gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona na jednego z konsorcjantów, tj. Członka Konsorcjum : NORM-HAUS USŁUGI INWESTYCYJNE JANUSZ JELONEK, ul. Zdroje 10C, 46-300 Olesno. Dokument w swojej treści w żaden sposób nie identyfikuje drugiego Wykonawcy – Lidera Konsorcjum tj. NORM-HAUS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA ul. Wolności 4/3, 46-300 Olesno.

Obowiązująca w postępowaniu Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w pkt. 11.2 zawierała jednoznaczną informację, że: „W przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia dokumenty, o których mowa w pkt. 9.3 SIWZ Wykonawcy składają łącznie. Zapis ten ma podstawowe znaczenie w przypadku oceny gwarancji wadialnej.

Podstawową funkcją wadium jest pełne zabezpieczenie interesów Zamawiającego w przypadku zaistnienia zdarzeń opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP. Bezsporne pozostaje, że o prawidłowo i skutecznie wniesionym wadium można mówić wówczas, gdy:

- zostało wniesione w wymaganej kwocie i przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert,
- w formach dopuszczonych w ustawie PZP, na wyznaczony okres związania ofertą,
- spełnia wymogi uregulowane odrębnymi przepisami, w tym ustawy Prawo bankowe i ustawy o działalności ubezpieczeniowej, w przypadku, gdy nie jest wnoszone w formie pieniężnej,
- określa zgodnie ze stanem rzeczywistym podmiot (Wykonawcę), który złożył ofertę w postępowaniu, i którego działania w całości (a nie w odniesieniu do poszczególnych uczestników konsorcjum) wadium ma zabezpieczać.

Wystawiona gwarancja ubezpieczeniowa – załączona do oferty - nie określa prawidłowo podmiotu (Wykonawcy), który złożył ofertę tj. Konsorcjum firm i z tych względów wadium w omawianej formie nie pokrywa i nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, tak w postaci możliwości sformułowania wystąpienia do gwaranta, ze wskazaniem oznaczonego w ustawie zachowania „Wykonawcy” uprawnającego do zatrzymania wadium, jak i następnie żądania z tego tytułu wypłaty kwoty wadium w oparciu o zapewnienie. Nie spełnia zatem żadnych z przypisanych tej instytucji funkcji, gwarancyjnej, zabezpieczającej, czy kompensacyjnej.

Pomimo tego, że jeden z konsorcjantów (wymieniony w gwarancji ubezpieczeniowej) działał jako Członek Konsorcjum nie dowodzi tego, że gwarancja wadialna wystawiona właśnie na tego członka konsorcjum zabezpiecza interesy Zamawiającego i jest prawidłowa. **Należy zwrócić uwagę, że dokument gwarancyjny wystawiony jest 16 listopada 2017 r., a więc na jeden dzień przed tym zanim udzielono pełnomocnictwa Liderowi Konsorcjum!**



Nie ulega wątpliwości, że w analizowanym stanie faktycznym gwarancja została wystawiona wyłącznie na zlecenie Członka Konsorcjum tj. NORM- HAUS USŁUGI INWESTYCYJNE JANUSZ JELONEK ul. Zdroje 10C, 46-300 Olesno, w związku ze złożeniem oferty w tym postępowaniu o zamówienie publicznego, a nie na zlecenie całego Konsorcjum. Brak podstaw, aby uznać, że na dzień wystawiania gwarancji zapłaty wadium tj. 16.11.2017 r. Członek Konsorcjum, był prawidłowo umocowany do działania w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum. **W konsekwencji gwarant, udzielając gwarancji zapłaty wadium nie mógł obiektywnie wiedzieć o tym, że zobowiązany ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z innym podmiotem.**

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją ubezpieczeniową tylko jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, gdyż gwarant nie obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczących Wykonawcy (całego Konsorcjum), o którym nie miał wiedzy zawierając umowę. Sam gwarant - firma ubezpieczeniowa - ograniczył w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających.

Należy zaznaczyć, że na podstawie obecnych wyroków KIO brak jest podstaw, aby wywodzić solidarną odpowiedzialność uczestników Konsorcjum na etapie postępowania przetargowego, tj. przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie z art. 141 ustawy PZP, Wykonawcy, o których mowa w art. 23 tej ustawy ponoszą jedynie solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc odnosi się ona do etapu realizacji umowy, a nie okresu ją poprzedzającego. Solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum względem Zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie (złożenia oferty), z którym to powiązane jest wniesienie wadium. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, tak z uwagi na abstrakcyjny charakter udzielenia gwarancji wadium, jak i wyraźny wymóg w SIWZ dotyczący składania dokumentów wraz z ofertą przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którego ofertę wadium zabezpiecza, w ocenie Zamawiającego wadium wnoszone w postaci gwarancji ubezpieczeniowej winno w swej treści zawierać oznaczenie podmiotu zabezpieczającego zapłatę wadium przez wskazanie wszystkich uczestników konsorcjum - jako Wykonawcy, a nie poprzez oznaczenie Lidera Konsorcjum bądź Członka Konsorcjum, który w istocie pozostaje uczestnikiem Konsorcjum, a nie Wykonawcą składającym ofertę - z tego tytułu będącym zobowiązanym do wniesienia wadium, co w oczywisty sposób nie daje Zamawiającemu gwarancji zaspokojenia roszczenia w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP. Wadliwość złożonej gwarancji ubezpieczeniowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań Członka Konsorcjum. Wniesienie wadium należy tylko wtedy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono Zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę.

**W ocenie Zamawiającego, taki dokument z braku prawidłowego wskazania „Wykonawcy” nie umożliwia uznania, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli wadium w sposób prawidłowy, co nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wobec zaistnienia przesłanek opisanych w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy PZP.**

Stanowisko to zostało także zaakceptowane w :



- wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015 r. XXIII Ga 1041/15, w którym stwierdzono, że „gwarancja została udzielona wcześniej niż wystawione zostało pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum(...) nie ulega wątpliwości zatem, że wniesione wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej datowanej na dzień (...) nie może być uznane za wniesione przez podmiot składający ofertę tj. Konsorcjum”
- w wyroku Sygn. akt KIO 1417/17 z dnia 24 lipca 2017 r.
- w wyroku KIO Sygn. akt 851/16 z dnia 01 czerwca 2016 r., gdzie stroną postępowania odwoławczego w identycznej sprawie był sam Zamawiający.

Nie mniej Zamawiający podziela poglądy wyrażone między innymi w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO 1936/15 z dnia 17 września 2015 r., Sygn. akt KIO 2067/15; 2069/15; 2071/15 z dnia 8 października 2015 r. oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt Ga1041/15 z dnia 10 września 2015 r., które można uznać za wyraz kształtowania się aktualnej linii orzeczniczej w tym względzie.

#### Uzasadnienie prawne:

W związku z tym, że Wykonawca, wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy:

**Konsorcjum Firm:**

**Lider - NORM-HAUS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA,**  
ul. Wolności 4/3, 46-300 Olesno,

**Członek - NORM- HAUS USŁUGI INWESTYCYJNE JANUSZ JELONEK,** ul. Zdroje 10C, 46-300 Olesno,  
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Termomodernizację budynku Szkoły Podstawowej nr 2 w Brennej z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii”, Znak sprawy Zp.271.1.29.2017, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), który stanowi:

- art. 89 ust. 1 pkt. 7b : „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium”.

#### Otrzymują:

1. Wykonawcy wg złożonych ofert.
2. Biuletyn Informacji Publicznej [www.bip.brenna.org.pl](http://www.bip.brenna.org.pl)
3. a/a.