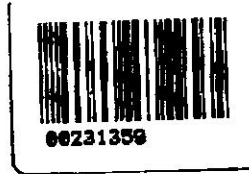




Warszawa, dnia 24 lipca 2015 r.

**PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**



UZP/DP/O/027/110/15/OŚ
KW- 6888 /15

1453 4
KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA
Dok-KW-13168/15 P
22. 07. 2015
WPŁYW BEZPOŚREDNI

SĄD OKRĘGOWY W WARSZAWIE.
XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
ul. Czerniakowska 100, 00 – 454 Warszawa
za pośrednictwem:
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Strona przeciwna skargi:

I. Zamawiający

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Prowadzący postępowanie:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

reprezentowany przez: radcę prawnego

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]),
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED]

II. Odwołujący

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

1) [REDACTED]

2) [REDACTED]

reprezentowani przez: [REDACTED]

III. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

1) [REDACTED]

2) [REDACTED]

reprezentowani przez: [REDACTED]

IV. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r.
(sygn. akt KIO: 1251/15)

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp zaskarżam wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. (sygn. akt: KIO 1251/15) w części uwzględniającej odwołanie i nakazującej Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

[REDAKTION]
[REDAKTION]
z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niewniesienie wadium do upływu składania ofert.

Wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. zarzucam:

I. naruszenie przepisów postępowania, mających istotny wpływ na jego wynik, tj.

➤ art. 190 ust. 7 ustawy Pzp polegające na wybiórczej, niepełnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, przejawiające się uznaniem, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION]

[REDAKTION] nie została zabezpieczona wadium i ww. wykonawcy nie wnieśli wadium, mimo że wszechstronna ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, zwłaszcza dokumentu pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2014 r., gwarancji wadialnej nr BOFH15006472GP/K z dnia 27 stycznia 2015 r., a także oświadczenia Banku [REDAKTION] z dnia 22 czerwca 2015 r. (L. dz. MCK/423/2015), winna prowadzić do wniosku, że oferta ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego została zabezpieczona wadium, a tym samym nie podlegają oni wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

a w konsekwencji:

II. naruszenie prawa materialnego, tj.

1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r., poz. 128) poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż brak wskazania w treści gwarancji bankowej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium oraz oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, co skutkuje wykluczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewniesienia wadium przed

upływem terminu składania ofert, podczas gdy z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie wynika wymóg wskazania w treści takiej gwarancji wszystkich członków konsorcjum;

2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy przejawiające się uznaniem, że Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] i [REDAKTION] wybrał ofertę złożoną przez wykonawców, którzy winni byli zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu i których oferta podlegała odrzuceniu, podczas gdy w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający prawidłowo i zgodnie z ww. przepisami ustawy Pzp dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o:

- 1) zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] i [REDAKTION] w zakresie obejmującym nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] i [REDAKTION] z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niewniesienie wadium do upływu składania ofert;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp;
- 3) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

UZASADNIENIE

I. Uzasadnienie formalne skargi:

W myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”).

Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

II. Wprowadzenie:

W wyroku z dnia 1 lipca 2015 r. (sygn. akt: KIO 1251/15), wydanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn. [REDAKTION], prowadzonym przez [REDAKTION] (zwaną dalej „Zamawiającym”), Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie „Izba”) uwzględniła odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] i [REDAKTION] (zwanym dalej: „Odwołującym Konsorcjum”) w zakresie części żądań odwołania, tj. unieważnienia wyboru oferty

najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDACTED]

[REDACTED] (zwanych dalej: „konsorcjum [REDACTED]”) z postępowania, z uwagi na zaniechanie zabezpieczenia przez tego wykonawcę oferty wadium i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie konsorcjum [REDACTED] z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp¹ z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert.

Wyrok Izby zapadł w stanie faktycznym, w którym w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum [REDACTED], w której wadium zostało wniesione w formie gwarancji bankowej – gwarancji przetargowej nr BOFH15006472GP/K wystawionej przez Bank [REDACTED] [REDACTED] w Warszawie, na zlecenie [REDACTED], a więc na jednego z dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia publicznego w ramach konsorcjum [REDACTED]. W toku postępowania odwoławczego konsorcjum [REDACTED] złożyło oświadczenie Banku [REDACTED] z dnia 22 czerwca 2015 r., że wystawiona przez ten bank gwarancja bankowa obejmuje zabezpieczenie roszczeń [REDACTED] w przypadku zaistnienia podstaw do zatrzymania całego wadium w stosunku do całego konsorcjum, w tym niewymienionego w treści gwarancji wykonawcy [REDACTED].

W uzasadnieniu wydanego wyroku Izba wskazała, że za zasadny uznała zgłoszony przez Odwołujące Konsorcjum zarzut zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum [REDACTED] z uwagi na brak zabezpieczenia oferty tego wykonawcy wadium, tj. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest

¹ w sentencji wyroku oraz w uzasadnieniu wyroku na str. 50 Izba wskazała jako podstawę prawną rozstrzygnięcia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ jednak w sentencji wyroku Izba wskazała, że nakazuje wykluczenie konsorcjum [REDACTED] z udziału w postępowaniu z uwagi na „niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert”, zarzut odwołania uwzględniony przez Izbę dotyczył naruszenia m.in. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp [który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wniesli wadium do upływu terminu składania ofert (...)] , a także z uzasadnienia prawnego zawartego na stronach 47-50 wyroku wynika, że Izba nakazała zamawiającemu wykluczenie wykonawcy z powodu przesłanki wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a nie jak to zostało wskazane - w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Skarżący za podstawę prawną rozstrzygnięcia niniejszej sprawy uznaje art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i w odniesieniu do tej podstawy prawnej zostały sformułowane zarzuty niniejszej skargi oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Skarżący nadmienia również, iż nie był stroną ani uczestnikiem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, a zatem nie przysługuje mu uprawnienie do wystąpienia z wnioskiem o sprostowanie wyroku we wskazanym zakresie.

zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie uprawniony jest do dokonania wyboru oferty Konsorcjum [REDAKTOWANE] pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert to oferta Odwołującego Konsorcjum jest ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu wydanego wyroku Izba dostrzegła zagadnienie prawne na tle wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp sprowadzające się do oceny czy zamawiający może skutecznie zrealizować czynność zatrzymania wadium i skorzystać z jego kompensacyjnego charakteru w sytuacji, gdy wadium wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne w formie gwarancji bankowej, w której jako wykonawcę, który składa ofertę u zamawiającego wskazano tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a także zwróciła uwagę na istniejące rozbieżności w orzecznictwie i doktrynie w takim stanie prawnym.

W wydanym orzeczeniu Izba opowiedziała się za prawidłowością stanowiska, w świetle którego dokument gwarancji wystawiony tylko na jednego wykonawcę, w sytuacji gdy ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewnia celu realizacji wadium. W ocenie Izby taki dokument nie jest wniesieniem wadium i w takiej sytuacji należy uznać, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie wnieśli wadium przed upływem terminu składania ofert, co powoduje ziszczenie się przesłanki wykluczenia takich wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając wydane rozstrzygnięcie, Izba powołała się na abstrakcyjny charakter gwarancji i jego oderwanie od stosunku podstawowego, jakim jest wniosek zlecniodawcy gwarancji, a także na to, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie nie tworzą bytu mającego odrębną osobowość prawną, działają w celu realizacji określonego przedsięwzięcia i najczęściej nie wnoszą wkładów czy udziałów tak aby powstało wspólne ich mienie rodzące solidarną odpowiedzialność. Wskazała także, że przepisy ustawy Pzp normują stosunki pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, a nie pomiędzy zamawiającym, a podmiotami trzecimi, a takim podmiotem trzecim jest bank gwarant, stąd przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp nie ma skutku dla banku jako wystawcy gwarancji. Zauważyła też, że przepis art. 141 ustawy Pzp nie reguluje kwestii solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na etapie przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, stąd nie może kreować solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców za wniesienie wadium. Izba wskazała, że wszystkie formy prawne wadium, przewidziane w przepisach ustawy Pzp, powinny w jednakowy sposób zaspokajać roszczenia zamawiającego wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, a więc nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. W ocenie Izby wskazywanie jako uzasadnienia dla dopuszczalności składania gwarancji wadium wystawionej wyłącznie na jednego członka konsorcjum przepisów art. 23 ust. 3 czy art. 141 ustawy Pzp nie znajduje oparcia w jej art. 1 i uznała, że przepisy ustawy Pzp nie regulują stosunków wykonawca – bank czy zamawiający – bank. Powołując się na art. 81 ustawy Prawo

bankowe, dostrzegła podobieństwa gwarancji bankowej z instytucją przekazu uregulowaną na gruncie art. 921¹ i nast. KC i wskazała, że bank gwarant może podnosić wobec zamawiającego zarzuty z treści przekazu, w tym związane z warunkami zapłaty, przez które należy rozumieć także wskazanie za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp bank gwarant odpowiada. W ocenie Izby w stanie faktycznym sprawy, bank gwarant mógłby skutecznie uchylać się od zapłaty sumy wadium podnosząc, że odpowiadał tylko za zachowania [REDAKTOWANO], a nie odpowiadał za zachowania Konsorcjum [REDAKTOWANO] w związku z czym gwarancja bankowa złożona w ofercie konsorcjum [REDAKTOWANO] nie zapewniłaby tak samo skutecznej funkcji gwarancyjnej, jak pieniądź, a także realizacji celu wadium. Izba uznała, że taki dokument nie jest wniesieniem wadium, zaś wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – [REDAKTOWANO] nie wnieśli wadium przed upływem terminu składania ofert. Izba uznała również, iż dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia stan świadomości banku gwaranta, co do tego jacy wykonawcy wspólnie składają ofertę, wyrażony oświadczenie banku z dnia 22 czerwca 2015 r. Izba wskazała także, że z treści pełnomocnictwa konsorcjalnego, jak i umowy konsorcjum zwartej między wykonawcą [REDAKTOWANO] i wykonawcą [REDAKTOWANO] wynika jedynie, że lider konsorcjum miał wnieść wadium zamawiającemu, a nie je uzyskać. Izba dopatrzyła się zatem w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznania przez Izbę zasadności zarzutu zaniechania Zamawiającego wykluczenia konsorcjum [REDAKTOWANO] z postępowania, za umotywowany uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania przystępującego, zatem ocenił oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła pozostałych zarzutów odwołania, odnoszących się do zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum [REDAKTOWANO] zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum [REDAKTOWANO] z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia; zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum [REDAKTOWANO] z uwagi na rażąco niską cenę; zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum [REDAKTOWANO], choć jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a także zgłoszonego z ostrożności zarzutu zaniechania wezwania konsorcjum [REDAKTOWANO] do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

III. Uzasadnienie zarzutów skargi:

1) W pierwszej kolejności należy wskazać, iż stanowisko Izby wyrażone w zaskarżanym wyroku, w świetle którego gwarancja bankowa, w której treści wskazano wyłącznie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium, jest niezasadne.

Uzasadniając powyższe twierdzenie wskazuję, że wniosku takiego nie sposób wywieść na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, z przepisów ustawy Pzp, jak również innych przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W kontekście art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który legł u podstaw rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w zaskarżanym wyroku, należy przede wszystkim rozważyć, czy o braku wniesienia wadium świadczy fakt niewymienienia w treści gwarancji bankowej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członków konsorcjum).

W ocenie Prezesa Urzędu, wbrew twierdzeniu Krajowej Izby Odwoławczej, gwarancja bankowa, w której treści wymieniono wyłącznie jednego z członków konsorcjum, w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego i takiej sytuacji należy uznać, że wadium zostało skutecznie wniesione w prawidłowej formie. Dlatego też, nie sposób podzielić stanowiska Izby, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający winien był wykluczyć z postępowania konsorcjum ██████████ z powodu niewniesienia wadium.

Dostrzeżenia wymaga, iż na gruncie przepisów ustawy Pzp wadium jest skutecznie wniesione do zamawiającego gdy:

- a) zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp),
- b) w wymaganej przez zamawiającego wysokości (art. 45 ust. 4 ustawy Pzp),
- c) w formach określonych w ustawie Pzp (art. 45 ust. 6 ustawy Pzp),
- d) pokrywa i zabezpiecza interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym, a więc wypełnia funkcję gwarancyjną i zabezpieczającą (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp),
- e) w przypadku form innych niż pieniężna dokument potwierdzający wniesienie wadium winien zostać wniesiony w oryginale,
- f) spełnia wymogi uregulowane odrębnymi przepisami (co ma istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku pozapieniężnych form wadialnych).

Prawidłowe wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego². Dopiero wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymogami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, aktywizuje obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozpatrując kwestie prawidłowości wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, nie sposób abstrahować od instytucji konsorcjum.

² wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 881/11, Legalis nr 355613); wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2033/13, Legalis nr 755705).

Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Wprawdzie przepis ten nie posługuje się określeniem „konsorcjum”, jak również umowa konsorcjum nie została uregulowana w prawie polskim, to jednak dopuszczalność jej zawarcia nie budzi wątpliwości w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego, przewidzianej w art. 353¹ KC. Konsorcjum stanowi rodzaj umowy nienazwanej, dopuszczalnej w świetle obowiązującej zasady swobody umów, ale nieuregulowanej w kodeksie cywilnym, który nie wyróżnia odrębnego typu takiej umowy. Jest rodzajem porozumienia, które zostało zawarte pomiędzy podmiotami, a jego celem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego. Istota konsorcjum sprowadza się zatem do zobowiązania jego członków do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań – na gruncie ustawy Pzp będzie to wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp), polegające na podejmowaniu wspólnych działań w celu uzyskania danego zamówienia, podpisania umowy w wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania, a następnie realizacji zawartej umowy.

Wobec braku szczegółowej regulacji prawnej dotyczącej umowy konsorcjum, organizacja wewnętrzna konsorcjum pozostawiona jest jego uczestnikom, z wykorzystaniem wszelkich możliwości dyspozytywnej regulacji cywilnoprawnej. Z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że jeden z uczestników konsorcjum reprezentuje w sposób wiążący pozostałych wykonawców wobec zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy.

Z kolei przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp statuuje zasadę, w świetle której przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Regulacja ta ma decydujące znaczenie w kontekście wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro bowiem obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca.

Podkreślić należy, że zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, zaś w przypadku wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie zobowiązany jest konsorcjum, a odpowiedzialność jego członków za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 KC w zw. z art. 366 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z przywołanych regulacji wynika zatem, iż członkowie konsorcjum wspólnie ubiegający się o zamówienie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po

stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 KC, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy sprawie zamówienia publicznego.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp dotyczących wadium, tj. art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, jak również jej art. 23 ust. 3, nie sposób uznać aby funkcje gwarancyjna i zabezpieczająca wadium doznawały jakiegokolwiek ograniczenia w sytuacji, gdy w treści gwarancji bankowej zostaje wskazany wyłącznie jeden z członków konsorcjum.

Podstawy do takiego twierdzenia nie daje również przepis art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r., poz.128), z którego wynika, iż istotą gwarancji bankowej jest przyjęcie przez gwaranta – bank obowiązku zapłaty sumy podanej w dokumencie, w sytuacji zaistnienia okoliczności podanych w treści gwarancji, stosownie do których zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. Do minimalnej treści jaką winna zawierać gwarancja należy określenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy”, „nieodwołalny”, a suma gwarancyjna płatna jest na „pierwsze żądanie”. Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Dla skuteczności tego sposobu zabezpieczenia, istotne jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, przez co należy rozumieć możliwość wypłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań. Elementy te zapewniają zamawiającemu uzyskanie od banku – gwaranta, kwoty wadium, na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty³.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy wskazać, iż w pełnomocnictwie z dnia 10 stycznia 2014 r. wykonawca [REDAKTION], [REDAKTION], upoważnił wykonawcę [REDAKTION], [REDAKTION], jako lidera konsorcjum, m.in. do „wniesienia całego wymaganego przez Zamawiającego wadium” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. [REDAKTION], [REDAKTION] (nr referencyjny: 120/2013)

Dowód: str. 4 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum [REDAKTION], pkt 2 pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2014 r. (utrwalony na płycie DVD – dokumentacja dot. KIO 1251/15, 2) w segregatorze V, oznaczonym: KIO 1251/15, sprawa nr 120/2013, [REDAKTION]

³ uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 16 kwietnia 1993 r., sygn. akt: III CZP 18/93, Legalis nr 28058; uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., sygn. akt: III CZP 166/94, Legalis nr 29265.

[REDACTED]

W załączeniu do oferty z dnia 27 stycznia 2015 r. konsorcjum [REDACTED] złożyło nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie gwarancję przetargową nr BOFH15006472GP/K z dnia 27 stycznia 2015 r. wystawioną przez gwaranta – Bank [REDACTED] działającego na zlecenie [REDACTED]

Dowód: gwarancja przetargowa nr BOFH15006472GP/K z dnia 27 stycznia 2015 r., str. 47 – 48, segregator III, oznaczony: KIO 1251/15, sprawa nr 120/2013, [REDACTED]

Dostrzec należy, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określił w SIWZ szczególnych zasad wnoszenia wadium w postaci gwarancji, oprócz wskazania nazwy beneficjenta. Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie wnieśli wadium. Gwarancja przetargowa nr BOFH15006472GP/K odpowiadała zatem wszelkim wymaganiom dotyczącym wadium, ustalonym przez Zamawiającego w punkcie 9 SIWZ.

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, pkt 9, str. 8 – 9, segregator II, oznaczony: KIO 1251/15, sprawa nr 120/2013, [REDACTED]

Dodatkowo, w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, konsorcjum [REDACTED] złożyło dokument z dnia 22 czerwca 2015 r., w którym Bank [REDACTED] potwierdził, że gwarancja wadialna nr BOFH15006472GP/K obejmuje zabezpieczenie roszczeń [REDACTED] w stosunku do całego konsorcjum, w tym do jego partnera – [REDACTED]

Dowód: oświadczenie Banku [REDACTED] z dnia 22 czerwca 2015 r. (L. dz. MCK/423/2015), str. 242 dokumentacji sprawy odwoławczej (znak: UZ/DO/430/2015, BE10), cz. 2/2.

W świetle powyższych dowodów, wbrew stanowisku Izby, należy uznać, iż gwarancja wadialna złożona przez konsorcjum [REDACTED] w pełni zabezpieczała interesy Zamawiającego w przypadku zaistnienia wszystkich okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 ustawy Pzp w stosunku do całego konsorcjum [REDACTED]. Ustawowe przesłanki z art. 46 ust. 4a oraz z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp odnoszą się bowiem do wykonawcy, a

z mocy art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, także do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia publicznego, co wynika z istoty wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe, za całkowicie nieuzasadnione należy uznać stanowisko Izby, iż na podstawie gwarancji wadialnej nr BOFH15006472GP/K z dnia 27 stycznia 2015 r., gwarant – Bank [REDAKTOWANE] może skutecznie uchylać się od zapłaty sumy wadium, podnosząc, że odpowiada tylko za zachowania lidera konsorcjum – [REDAKTOWANE]. Stanowisko to jest błędne zwłaszcza w kontekście oświadczenia gwaranta – Banku [REDAKTOWANE] z dnia 22 czerwca 2015 r., który potwierdził zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego w stosunku do całego konsorcjum [REDAKTOWANE].

Nie ma racji Izba, wskazując, że gwarancja wadialna złożona wraz z ofertą konsorcjum [REDAKTOWANE] nie zapewnia celu realizacji wadium. W kontekście tego stanowiska Izby należy wskazać, iż celem wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, w sytuacji wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Innymi słowy, wadium stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego przez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Gwarancja nr BOFH15006472GP/K z dnia 27 stycznia 2015 r. spełniała wszystkie wskazane funkcje i cele wadium przewidziane dla tej instytucji na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gwarancja ta opiewała na wymaganą przez Zamawiającego wysokość, jej beneficjent został określony prawidłowo (zgodnie z punktem 9 SIWZ), a także była gwarancją bezwarunkową, nieodwołaną i płatną na pierwsze żądanie. Co więcej, moc zabezpieczająca gwarancji wadialnej została potwierdzona w oświadczeniu banku [REDAKTOWANE] z dnia 22 czerwca 2015 r.

Brak dokonania przez Izbę wszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadził do naruszenia art. 190 ust. 7 ustawy Pzp.

2) Pominięcie przez Izbę zasad odpowiedzialności członków konsorcjum [REDAKTOWANE] przy ocenie gwarancji wadialnej nr BOFH15006472GP/K z dnia 27 stycznia 2015 r. doprowadziło Izbę do nieprawidłowego uznania, że konsorcjum to nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert. Powyższe skutkuje z kolei naruszeniem przez Izbę art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy podkreślić, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle, gdyż zamykają one wykonawcy drogę do uzyskania zamówienia publicznego, a więc w sposób kategoryczny kształtują jego sytuację prawną. Tylko w oparciu o ustawowe przesłanki wykonawca może zostać pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne poprzez wykluczenie go z postępowania. Właśnie z racji charakteru tych przesłanek i skutku, jaki wiąże się z ich zastosowaniem, niemożliwe jest rozszerzające

interpretowanie ich zakresu czy też stosowanie tych przesłanek w innych sytuacjach niż ściśle określone w przepisach ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy konsorcjum [REDAKTOWANE] wniosło wadium. Wprawdzie do wypełnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp dochodzi nie tylko w przypadku niewniesienia wadium, ale również w sytuacji gdy wniesione wadium nie zaspokaja roszczeń zamawiającego, jednak i taka sytuacja nie wystąpiła w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

Skoro z żadnego przepisu ustawy Pzp, jak również z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie sposób wywieść obowiązku wskazywania w treści gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum, nakazując wykluczenie konsorcjum [REDAKTOWANE] z udziału w postępowaniu wobec uznania, iż nie wniosło ono wadium do upływu terminu składania ofert, Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła się niedozwolonej rozszerzającej wykładni przepisu o charakterze sankcyjnym. Powyższe uzasadnia zarzut zgłoszony w punkcie 1) *petitum* niniejszej skargi zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

3) Konsekwencją naruszenia przez Izbę art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2015 r., poz.128) poprzez błędną wykładnię, jest również naruszenie przez Izbę kolejnych przepisów prawa materialnego, tj. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba niezasadnie uznała bowiem, że Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum [REDAKTOWANE] wybrał ofertę złożoną przez wykonawców, którzy winni byli zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu i których oferta powinna być zostać uznana za odrzuconą.

Jak zostało wykazane powyżej w punkcie 1) i 2), Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum [REDAKTOWANE]. Wobec skutecznego wniesienia przez ww. konsorcjum wadium w postaci gwarancji bankowej, na podstawie której Zamawiający będzie mógł skutecznie dochodzić swoich roszczeń z wadium, gdy ziszczą się przesłanki, o których mowa we wskazanych przepisach, Zamawiający w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy Pzp wybrał ofertę konsorcjum [REDAKTOWANE] do realizacji zamówienia.

Pokreślić należy, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad wynikających z ustawy Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw, jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz

interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych⁴. Nie można tracić z pola widzenia, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie.

W ocenie Skarżącego, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum [REDAKTOWANE] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE], Zamawiający nie naruszył przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, albowiem oferta ww. konsorcjum, prawidłowo zabezpieczona wadium, była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, tj. w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Złożona przez ww. konsorcjum oferta była także ofertą ważną, dlatego jej wybór nastąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, nie można zaakceptować poglądu Izby, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający wybierając ofertę konsorcjum [REDAKTOWANE] naruszył przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

IV. Niezależnie od powyższych zarzutów, należy wskazać, iż w kwestii interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w kontekście wnoszenia przez konsorcjum wadium w formie gwarancji bankowej, w treści której wskazano wyłącznie jednego z członków konsorcjum, w praktyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej zarysowała się istotna rozbieżność.

Pogląd zbieżny z wyrażonym w zaskarżonym wyroku, został przyjęty przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 7 stycznia 2015 r. (sygn. akt: KIO 2694/14, Lex nr 1650329) oraz w wyroku z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt: KIO 974/15). Również w wyrokach Izby z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO 1408/10) oraz z dnia 15 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1785/14) Izba zaprezentowała pogląd, iż treść gwarancji wadium złożonej przez konsorcjum musi wskazywać wszystkich jej członków, z tym że w przedmiotowych sprawach taki wymóg sformułował zamawiający w SIWZ, co nie miało jednak miejsca w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

Pogląd przeciwny do prezentowanego w zaskarżonym wyroku, który można uznać za dominujący i do którego przychyliła się Skarżąca, został natomiast wyrażony w następujących wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej:

a) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1232/13; KIO 1233/13, LEX nr 1350004), w którym Izba wskazała: „Gdy ofertę składa kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a zabezpieczającą taką ofertę gwarancją wadium wystawiona została tylko na jednego z nich lub nie została wystawiona na wszystkie podmioty, które wspólnie złożyły ofertę, to oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium. Wynika to z solidarnej odpowiedzialności podmiotów składających wspólnie ofertę”;

⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1420/13, Legalis nr 741459; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2743/11, Legalis nr 458233.

- b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1289/13, Lex nr 1360545), w którym Izba orzekła: *„Nie ma znaczenia prawnego dla oceny skuteczności złożonej gwarancji, okoliczność jej złożenia przez pełnomocnika – lidera konsorcjum, działającego w imieniu i na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Inne podejście prowadzioby nieuchronnie do wniosku, że nie jest prawnie dopuszczalne składanie ofert przez pełnomocników konsorcjum, a takie wnioskowanie należy uznać za wadliwe”;*
- c) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2033/13, Lex nr 1408959), w którym Izba stwierdziła: *„Skoro obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. dotyczą wykonawcy odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. W sytuacji, kiedy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn leżących po stronie członka konsorcjum niewymienionego w treści gwarancji, Zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie, np. od lidera”;*
- d) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 649/14; KIO 655/14, Lex nr 1460584), w którym Izba orzekła: *„W przypadku, gdy którykolwiek z wykonawców (członków konsorcjum) spowoduje okoliczności uzasadniające przepadek wadium, wymienione w art. 46 p.z.p., to skutki tego działania rozciągają się na wszystkich członków konsorcjum, zgodnie z art. 141 p.z.p., który stanowi, że wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 p.z.p. ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis art. 141 p.z.p. nie wyłącza odpowiedzialności solidarniej na podstawie przepisów k.c. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie za skutki powstania okoliczności, w których zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum”;*
- e) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 1633/14, Lex nr 1532329), w którym Izba stwierdziła, iż *„nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której treści ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - w takim przypadku zamawiający uzyskuje ochronę swoich interesów”;*
- f) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2014 r. (sygn. akt: KIO 1897/14; KIO 1899/14, Lex nr 1541294), w którym Izba wskazała: *„(...) skutki zaniechań jednego wykonawcy należy odnieść do wszystkich jego współkonsorcjantów również w przypadku pozostałych przesłanek zatrzymania wadium wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 P.z.p., w tym również zaniechania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 P.z.p. W tym przypadku zamawiającego nie interesuje, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dostarczył odpowiednich dokumentów, a które z nich to uczynił - w*

światle powoływanych przepisów zamawiający tego typu dokumentów żąda od wszystkich wykonawców i jakiegokolwiek zaniechanie któregośkolwiek z nich wywiera skutki w odniesieniu do całego konsorcjum i każdego z jego członków z osobna."

Należy również podkreślić, iż w orzecznictwie sądów okręgowych zarysował się pogląd przeciwny od prezentowanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku.

W wyroku z dnia 12 maja 2006 r. (sygn. akt: II Ca 489/06, Lex nr 621219) Sąd Okręgowy w Poznaniu orzekł, iż złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum, o ile zamawiający w SIWZ nie zawarł wyraźnie wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium.

Tożsamy pogląd został wyrażony przez Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 1 października 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 408/07) oraz przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akt: X Ga 25/09).

V. Podkreślenia przy tym wymaga, iż kwestia poddana pod rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego ma istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

Wymaga bowiem wyraźnego przesądzenia, iż w świetle regulacji przewidzianej w przepisach 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wadium wniesione w formie gwarancji bankowej, w treści której wskazano wyłącznie jednego członka konsorcjum stanowi zabezpieczenie interesów i roszczeń zamawiającego i nie uzasadnia zastosowania sankcji wykluczenia takiego konsorcjum z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Warto również podkreślić, w przypadku wykonania przedmiotowego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający będzie zmuszony ponieść znacznie wyższe koszty realizacji zamówienia, niż w przypadku gdyby dokonany wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum ██████████ uprawomocnił się. Różnica ceny kolejnej oferty w rankingu ofert złożonej przez Odwołujące konsorcjum (w kwocie 329.031.100,12 zł) w stosunku do ceny oferty złożonej przez konsorcjum ██████████ (w kwocie 313.649.999,99 zł) jest znaczna i wynosi 15.381.100,13 zł. Powyższa okoliczność powoduje, iż skorzystanie przez Prezesa Urzędu z uprawnienia przewidzianego w art. 198b ust. 4 ustawy Pzp i dążenie do zmiany zaskarżanego wyroku poprzez oddalenie odwołania w części, jest wskazane i uzasadnione interesem publicznym.

VI. Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. W myśl art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie

uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi.

VII. Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji władczych (*imperium*). Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przegrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym. Przy czym z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy (uwzględnienia, bądź oddalenia odwołania) uzasadnionym jest jednak rozstrzygnięcie przez Sąd o poniesionych przez strony kosztach postępowania odwoławczego.

VIII. Ponadto Skarżący oświadcza, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom.

W świetle powyższego niniejsza skarga jest konieczna i w pełni uzasadniona.

Z up.
WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Dariusz Piasta

Spis załączników:

- 1) kopia aktu powierzenia pełnienia obowiązków Prezesa UZP pani Izabeli Jakubowskiej;
- 2) kopia upoważnienia Wiceprezesa UZP;
- 3) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powołania na stanowisko Wiceprezesa UZP;
- 4) kopia zarządzenia nr 178 Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 stycznia 2013 r. w sprawie nadania regulaminu organizacyjnego Urzędu Zamówień Publicznych;
- 5) potwierdzenia przesłania odpisów skargi.