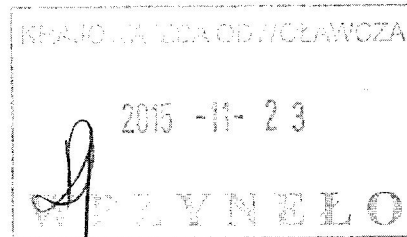




PREZES
URZĘDU ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 23 listopada 2015 r.

UZP/DP/O/027/19A/15/OS
KW-84 O 2/15



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]

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

1) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

a) [REDACTED]

b) [REDACTED]

reprezentowani przez: [REDACTED]

a) [REDACTED]

2) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

a) [REDACTED]

b) [REDACTED]

Sygn. akt: KIO 2287/15

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2015 r.
(sygn. akt KIO: 2287/15)

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 2 listopada 2015 r. (sygn. akt: KIO 2287/15) w całości.

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

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

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

[REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] nie została zabezpieczona wadium i ww. wykonawcy nie wnieśli wadium, mimo że prawidłowa i wszechstronna ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w szczególności dokumentu pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 22 lipca 2015 r., bankowej gwarancji przetargowej nr [REDAKTOWANE] z dnia 2 października 2015 r., winna była prowadzić do wniosku, że oferta ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, a tym samym ww. wykonawcy nie powinni podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

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

[REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] nie została zabezpieczona wadium i ww. wykonawcy nie wnieśli wadium, mimo że prawidłowa i wszechstronna ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w szczególności pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 15 lipca 2015 r., ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr [REDAKTOWANE] z dnia 18 września 2015 r., winna była prowadzić do wniosku, że oferta ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, a tym samym ww. wykonawcy nie powinni podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

3) art. 190 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne oddalenie, zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] z siedzibą w Warszawie, wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy konsorcjum z dnia 21 lipca 2015 r., mimo że dowód ten został zgłoszony na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy i brak było podstaw do jego oddalenia.

a w konsekwencji:

II. naruszenie prawa materialnego, tj.

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż brak wskazania w treści gwarancji wadialnych 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 winno skutkować wykluczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert i uznanie ofert tych wykonawców za odrzucone, podczas gdy z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego dla skuteczności gwarancji nie wynika wymóg wskazania w treści bankowych i ubezpieczeniowych gwarancji wadialnych wszystkich członków konsorcjum;
- 2) art. 370 KC w zw. z art. 44 KC w zw. z art. 70³ § 3 KC w zw. z art. 70² § 3 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i pominięcie zasad odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w świetle których wykonawcy ci odpowiadają solidarnie za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, co powoduje, iż realizacja uprawnień zamawiającego z gwarancji wadialnej, w której treści wskazano wyłącznie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jest w pełni zabezpieczona;
- 3) art. 380 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i pominięcie niepodzielności charakteru świadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w związku z ich łącznym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co spowodowało błędne uznanie, że gwarancja wadialna w której treści wskazano wyłącznie pełnomocnika konsorcjum nie zabezpiecza interesów zamawiającego w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium;
- 4) art. 65 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej interpretacji postanowień rozdziału IV ust. 1 pkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących wadium poprzez przyjęcie, że Zamawiający wymagał wskazania w treści gwarancji wadialnej wnoszonej przez konsorcjum wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy wymóg taki nie wynika z literalnej treści postanowienia zawartego w ww. rozdziale SIWZ;
- 5) 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: [REDAKTOWANE]
oraz [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE], 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.

Na podstawie art. 368 § 1 pkt 4 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 ustawy Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci umowy konsorcjum z dnia 21 lipca 2015 r. zawartej między wykonawcą [REDAKTOWANE]
a [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] na okoliczność solidarnego charakteru odpowiedzialności ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i skutecznego wniesienia przez nich gwarancji wadialnej w treści której wskazano pełnomocnika konsorcjum – wykonawcę [REDAKTOWANE]. Dokument ten znajduje się w części 1 akt odwoławczych, na stronach 188 – 192.

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 poprzez oddalenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTOWANE]
i [REDAKTOWANE]
- 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 2 listopada 2015 r. (sygn. akt: KIO 2287/15), wydanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn. [REDAKTOWANE] prowadzonym przez [REDAKTOWANE] (zwaną dalej „Zamawiającym”), Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie „Izba”) uwzględniła odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] (zwanym dalej: „Odwołującym Konsorcjum”) i nakazała Zamawiającemu unieważnienie dokonanej czynności badania i oceny ofert; unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] (zwanym dalej: „konsorcjum [REDAKTOWANE]”); dokonanie czynności ponownego badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] oraz wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] (zwanym dalej: „konsorcjum
[REDAKTOWANE]”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz uznania złożonych ofert za
odrzucone stosownie do postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Wyrok Izby zapadł w wyniku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania, w którym
Odwołujące Konsorcjum zakwestionowało wybór przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej
oferty złożonej przez konsorcjum [REDAKTOWANE], mimo że w jego ocenie wykonawca
podlegał wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy
Pzp, zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania konsorcjum [REDAKTOWANE]
na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz uznania złożonej oferty za odrzuconą
stosownie do postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a także zaniechanie czynności wykluczenia
z przedmiotowego postępowania konsorcjum [REDAKTOWANE] na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2
ustawy Pzp oraz uznania złożonej oferty za odrzuconą stosownie do postanowień art. 24 ust. 4
ustawy Pzp, a także zaniechania czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na
podstawie przepisów ustawy Pzp, za jaką Odwołujące Konsorcjum uznawało własną ofertę,
spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i wykonawców nie podlegających wykluczeniu.

Odwołujące Konsorcjum zarzuciło Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku
art. 24 ust. 2 pkt. 2 i art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz w z związku z art. 23 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 4a i 5
i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum
[REDAKTOWANE] oraz konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz uznania złożonych przez tych
wykonawców ofert za odrzucone, w sytuacji gdy wadium dołączone do oferty ww. wykonawców
nie zostało skutecznie wniesione tj. wskazane w treści gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej
okoliczności nie są zupełne i nie obejmują wszystkich możliwych zdarzeń określonych w art. 46
ust. 4a i 5 ustawy Pzp, które mogłyby spowodować prawo żądania przez zamawiającego zapłaty
kwoty gwarancyjnej, a złożona w postępowaniu gwarancja wadialna nie odpowiada w swej treści
wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia, a także naruszenie
art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zapewnienia
zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zaniechanie
czynności dokonania wyboru oferty konsorcjum [REDAKTOWANE] jako najkorzystniejszej spośród
ofert nie podlegających odrzuceniu i wykonawców nie podlegających wykluczeniu.

W wydanym wyroku Izba wskazała, że bankowa i ubezpieczeniowa gwarancja wadialna
złożone odpowiednio w ofercie konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz w ofercie konsorcjum
[REDAKTOWANE] w treści których wskazano wyłącznie pełnomocników tych konsorcjów –
wykonawcę [REDAKTOWANE] – lidera konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz wykonawcę [REDAKTOWANE] – lidera
konsorcjum [REDAKTOWANE], podczas gdy faktycznym „łącznym wykonawcą” pozostają wszyscy
uczestnicy danego konsorcjum, którzy złożyli ofertę wspólną, nie gwarantuje skutecznego

zabezpieczenia interesów Zamawiającego z tych gwarancji. W ocenie Izby, w treści prawidłowo wystawionej gwarancji wadialnej powinni być wskazani wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza w kontekście zapisów rozdziału IV pkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w których Zamawiający wskazał, że „dokument wadialny musi identyfikować wykonawcę”, a więc – według Izby – konsorcjum.

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 i może powodować uzasadnione przeszkody w jego realizacji.

III. Uzasadnienie zarzutów skargi:

1) W pierwszej kolejności należy wskazać, iż niezasadne jest stanowisko Izby wyrażone w zaskarżonym wyroku, zgodnie z którym wadliwa jest bankowa i ubezpieczeniowa gwarancja wadialna, obejmująca swym zakresem działania lub zaniechania wyłącznie pełnomocnika konsorcjum, z pominięciem podmiotu, z którym pełnomocnik złożył ofertę wspólną, gdyż nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium.

Uzasadniając powyższe twierdzenie wskazuję, że wniosku takiego nie sposób wywieść z 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 sytuacji prawnej braku wniesienia wadium świadczy fakt niewymienienia w treści gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członków konsorcjum).

W ocenie Prezesa Urzędu, wbrew twierdzeniu Krajowej Izby Odwoławczej, gwarancja bankowa i ubezpieczeniowa, w treści których wymieniono wyłącznie pełnomocnika konsorcjum, w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego i w takiej sytuacji należy uznać, że wadium zostało skutecznie wniesione w prawidłowej formie, a konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz konsorcjum [REDAKTOWANE] nie powinny podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a złożone przez nich oferty nie powinny być zostać uznane za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

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 zamawiającego¹. 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 co do zasady, jak i w niniejszej sprawie, nie sposób abstrahować od instytucji konsorcjum.

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 i zasady współdziałania członków 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

¹ 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).

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 zobowiązanymi do zawarcia umowy są łącznie ci wykonawcy, a ich odpowiedzialność za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 KC w zw. z art. 366 § 1 i 2 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 do 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 w 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 i ubezpieczeniowej zostaje wskazany wyłącznie jeden z członków konsorcjum.

2) 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 zapłaty².

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż w pełnomocnictwie z dnia 22 lipca 2015 r. wykonawca [REDAKTOWANE] upoważnił wykonawcę [REDAKTOWANE] jako lidera konsorcjum, w szczególności do podpisania i złożenia oferty w imieniu wykonawców, składania w imieniu wykonawców w toku postępowania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy oraz dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z postępowaniem, a także do zawarcia w imieniu wykonawców umowy z zamawiającym w sprawie realizacji zamówienia oraz reprezentowania wykonawców we wszystkich czynnościach przed zamawiającym związanych z wykonaniem umowy.

Dowód: pełnomocnictwo do reprezentowania konsorcjum z dnia 22 lipca 2015 r. w ofercie konsorcjum [REDAKTOWANE], str. 105 – 106 akt sprawy odwoławczej, znak [REDAKTOWANE].

W załączeniu do oferty z dnia 5 października 2015 r. konsorcjum [REDAKTOWANE] M złożyło nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie gwarancję przetargową nr [REDAKTOWANE] z dnia 2 października 2015 r. wystawioną przez gwaranta – [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] działającego na zlecenie [REDAKTOWANE].

Dowód: gwarancja wadialna nr [REDAKTOWANE] z dnia 2 października 2015 r. w ofercie konsorcjum [REDAKTOWANE], str. 383 – 384 akt sprawy odwoławczej, znak: [REDAKTOWANE].

W świetle powyższych dowodów, wbrew stanowisku Izby, należy uznać, iż gwarancja wadialna złożona przez konsorcjum [REDAKTOWANE] 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. 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.

² uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 16 kwietnia 1993 r., sygn. akt: III CZP 16/93, 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.

Skoro zatem szerokie pełnomocnictwo konsorcjalne zostało udzielone przez wykonawcę [REDAKTOWANE] wykonawcy [REDAKTOWANE] przed wystawieniem bankowej gwarancji wadialnej na zlecenie pełnomocnika konsorcjum, na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez [REDAKTOWANE] to uznać należy, iż w dacie jej wystawienia wykonawca [REDAKTOWANE] działał w imieniu i na rzecz konsorcjum, na podstawie szerokiego umocowania wynikającego z dokumentu przedmiotowego pełnomocnictwa. Gwarancja wadialna zabezpieczała zatem ofertę złożoną wspólnie w postępowaniu przez wykonawców [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] gdyż w dacie jej wystawienia wykonawca [REDAKTOWANE] dokonując wszelkich czynności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego działał jako pełnomocnik konsorcjum, a nie samodzielnie.

Z uwagi na powyższe, za całkowicie nieuzasadnione należy uznać stanowisko Izby, iż z uwagi na wadliwość gwarancji przetargowej nr [REDAKTOWANE] z dnia 2 października 2015 r., w której wskazano wyłącznie wykonawcę [REDAKTOWANE], Zamawiający winien był wykluczyć konsorcjum [REDAKTOWANE] z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium.

Gwarancja przetargowa nr [REDAKTOWANE] z dnia 2 października 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, była gwarancją bezwarunkową, nieodwołaną i płatną na pierwsze żądanie.

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

3) Nie sposób również podzielić wyrażonego w zaskarżonym wyroku stanowiska Izby, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający winien był wykluczyć z udziału w postępowaniu konsorcjum [REDAKTOWANE], w sytuacji gdy dokument ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej wystawiony został wyłącznie na zlecenie pełnomocnika konsorcjum i w jego treści wskazano wyłącznie pełnomocnika konsorcjum. Wbrew pogładowi Izby w ocenie Skarżącego taki dokument daje Zamawiającemu pewność zaspokojenia roszczenia w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Gwarancja ubezpieczeniowa, jako instrument zabezpieczenia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polega na złożeniu na piśmie przez zakład ubezpieczeń oświadczenia o bezwarunkowym i nieodwołalnym spełnieniu na pierwsze żądanie przez zamawiającego (beneficjenta) świadczenia określonego w gwarancji (wyplacenia określonej sumy pieniężnej) w przypadkach i na warunkach w niej określonych. Gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych. Specyfika tego rodzaju gwarancji polega też na tym, że ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant

w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji³.

Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w dniu 15 lipca 2015 r. wykonawca [REDACTED] udzielił wykonawcy [REDACTED] pełnomocnictwa w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego. Umocowanie wykonawcy [REDACTED] do działania w imieniu ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego obejmowało m.in. złożenie oferty, uzyskanie oraz wniesienie wadium w imieniu i na rzecz wszystkich partnerów konsorcjum i każdego z nich z osobną, podpisaną umowę w sprawie zamówienia publicznego, prowadzenia korespondencji z Zamawiającym.

Dowód: pełnomocnictwo z dnia 15 lipca 2015 r., str. 126 - 127 akt sprawy odwoławczej znak:

W załączeniu do oferty konsorcjum [REDACTED] złożyło nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie gwarancję przetargową nr [REDACTED] z dnia 18 września 2015 r. wystawioną przez gwaranta – [REDACTED].

Dowód: ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nr [REDACTED] z dnia 18 września 2015 r., str. 377 dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znak: [REDACTED].

W świetle powyższych dowodów, wbrew stanowisku Izby, należy uznać, iż ubezpieczeniowa gwarancja wadialna złożona w ofercie konsorcjum [REDACTED] w pełni zabezpieczała interesy Zamawiającego w przypadku wystąpienia co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonych w przepisach ustawy Pzp, w stosunku do całego konsorcjum. Została ona bowiem wystawiona w dacie, w której wykonawca [REDACTED] był już umocowany do działania w imieniu konsorcjum, w tym do wniesienia wadium.

Z uwagi na powyższe, za całkowicie nieuzasadnione należy uznać stanowisko Izby, iż brak objęcia zakresem ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej wszystkich członków konsorcjum powoduje jej wadliwość skutkującą koniecznością wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu.

Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nr [REDACTED] z dnia 18 września 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

³ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 r., sygn. akt: II CRN 38/96, Lex nr 25072; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006 r., sygn. akt I ACA 761/05, Lex nr 186159; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 listopada 2014 r., sygn. akt: II GSK 1606/13, Lex nr 1592048.

Zamawiającego wysokość, jej beneficjent został określony prawidłowo, a także była gwarancją bezwarunkową, nieodwołaną i płatną na pierwsze żądanie.

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

4) W uzasadnieniu zarzutu naruszenia przez Izbę art. 190 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Skarżący wskazuje, iż Izba bezpodstawnie nie dopuściła dowodu zgłoszonego przez konsorcjum [REDAKTOWANE] w postaci umowy konsorcjum z dnia 21 lipca 2015 r. zawartej między wykonawcą [REDAKTOWANE] a wykonawcą [REDAKTOWANE] wskazując, iż umowa ta nie została załączona ani do wniosku, ani do oferty, nie była zatem przedmiotem oceny przez zamawiającego, a odwołujący w treści odwołania nie mógł odnieść się do jej postanowień.

Wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu – umowy konsorcjum został zgłoszony przez uczestnika postępowania odwoławczego na okoliczność wykazania, że gwarancja wadialna wystawiona na pełnomocnika konsorcjum – wykonawcę PBM, obejmuje swym zakresem czynności wszystkich członków konsorcjum i może zostać wykorzystana przez Zamawiającego – beneficjenta w przypadku wystąpienia ustawowych przesłanek zatrzymania wadium niezależnie od tego, który z członków konsorcjum ponosi odpowiedzialność za ich wystąpienie.

Dowód: protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 2 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2287/15, str. 192 akt sprawy odwoławczej, znak: [REDAKTOWANE]

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z ustępu 2 ww. artykułu wynika, iż dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Stosownie do treści art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

W niniejszej sprawie Izba winna była dopuścić dowód z dokumentu w postaci umowy konsorcjum, albowiem został on zgłoszony na potwierdzenie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie sposób uznać również, aby dowód ten, zgłoszony przez konsorcjum [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] przed zamknięciem rozprawy został zgłoszony w przedmiocie faktów stwierdzonych innymi dowodami, skoro na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego brak jest podstaw dla zamawiającego do żądania od wykonawców dokumentu w postaci umowy konsorcjum. Dowód ten nie został również powołany dla zwłoki.

Niedopuszczenie przez Izbę dowodu z dokumentu w postaci ww. umowy konsorcjum istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy uzasadnia zarzut zgłoszony w punkcie 1.3) *petitum* skargi.

5) Podkreślenia wymaga, iż o wadliwości stanowiska Izby prezentowanego w skarżonym wyroku, w świetle którego tylko gwarancja wadialna w treści której wskazano wyłącznie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego, przesadzają również zasady odpowiedzialności członków konsorcjum wywodzone z przepisów Kodeksu cywilnego, co uzasadnia zarzut z punktu II.2 *petitum* skargi, tj. naruszenia przez Izbę art. 370 KC w zw. z art. 44 KC w zw. z art. 70³ § 3 KC w zw. z art. 70² § 3 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

W zaskarżonym wyroku Izba błędnie uznała, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie można mówić o istnieniu ich wspólnego mienia, gdyż konsorcjum nie zaciąga własnych zobowiązań ani nie posiada wspólnego majątku.

Przede wszystkim należy wskazać, iż zarówno bankowa, jak i ubezpieczeniowa gwarancja wadialna, w treści których wskazano wyłącznie pełnomocnika konsorcjum, w skuteczny sposób zabezpiecza interesy zamawiającego, gdyż odpowiedzialność członków konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego regulowana jest na zasadach solidarności dłużników.

Na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotem praw i obowiązków są wykonawcy tworzący konsorcjum, a nie pojedynczy wykonawca⁴. Legitymacja wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma charakter łączny, co oznacza, że z chwilą wyboru złożonej przez nich oferty, po stronie członków konsorcjum powstaje łączne prawo do żądania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z zamawiającym. Prawu temu towarzyszy również łączne zobowiązanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 370 KC jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Przez pojęcie mienia zdefiniowanego w art. 44 KC należy natomiast rozumieć własność i inne prawa majątkowe.

Z kolei na zasadzie odesłania do umów w sprawie zamówienia publicznego do przepisów KC, zastosowanie w niniejszej sprawie znajdują również przepisy art. 70³ § 3 zd. 2 KC w zw. z art. 70² § 3 KC, zgodnie z którymi jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator aukcji, jak i jej uczestnik, którego oferta została przyjęta mogą dochodzić zawarcia umowy. W odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego, szczególnym warunkiem w rozumieniu ww. przepisów jest forma pisemna zastrzeżona pod rygorem nieważności dla tej umowy. Wobec powyższego, najpóźniej z chwilą wyboru najkorzystniejszej ofert, po stronie członków konsorcjum powstaje prawo podmiotowe – wierzytelność, którego treścią jest zawarcie umowy, które ma charakter podmiotowy i zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przysługuje łącznie wszystkim członkom

⁴ wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2010 r., sygn. akt: V CSK 475/10, Lex nr 1108492.

konsorcjum, stanowiąc ich wspólne mienie w rozumieniu art. 44 KC. Temu prawu towarzyszy jednocześnie zobowiązanie członków konsorcjum do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z zamawiającym. Z powyższego wynika zatem solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum za zawarcie umowy⁵.

Zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego spowoduje ziszczenie się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. W świetle łącznej legitymacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie sposób uznać, iż w sytuacji wskazania w treści gwarancji wadialnej wyłącznie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający będzie pozbawiony realizacji uprawnień z tej gwarancji wynikających.

Pominięcie przez Izbę solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego doprowadziło do naruszenia przez Izbę przepisów art. 370 KC w zw. z art. 44 KC w zw. z art. 70¹ § 3 KC w zw. z art. 70² § 3 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, co uzasadnia zarzut wskazany w punkcie II.2) *petitum* niniejszej skargi.

6) W niniejszej sprawie Izba dopuściła się również naruszenia art. 380 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i pominięcie solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium, co doprowadziło do błędnego uznania, że gwarancja wadialna w treści której wskazano wyłącznie pełnomocnika konsorcjum nie zabezpiecza interesów zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga, iż świadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest świadczeniem niepodzielnym. W takiej sytuacji, na podstawie art. 380 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, wykonawcy ci za wykonanie świadczenia niepodzielnego odpowiadają jak dłużnicy solidarni. Odpowiedzialność członków konsorcjum za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla dłużników solidarnych, co oznacza, iż jeżeli jeden z członków konsorcjum nie wykonuje świadczenia, może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza przez pełnomocnika konsorcjum. W związku z powyższym, niespełnienie świadczenia przez któregokolwiek z uczestników konsorcjum, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z członków konsorcjum z osobna, a więc będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w której treści został jako wykonawca wymieniony wyłącznie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

⁵ wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1313/15, w załączeniu do skargi

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż niezależnie od tego, po stronie którego z członków konsorcjum ziszcza się ustawowe przesłanki zatrzymania wadium, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia na rzecz beneficjenta – Zamawiającego. Dlatego też stanowisko Izby, w świetle którego dokument wadialny, w treści którego wskazano tylko pełnomocnika konsorcjum, gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, jest całkowicie nieuzasadnione.

Powyższe uzasadnia wskazany w punkcie II.3) *potitum* skargi zarzut naruszenia przez Izbę art. 380 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

7) W niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła również przepis art. 65 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dokonując błędnej interpretacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wymogów dotyczących wadium poprzez przyjęcie, że Zamawiający wymagał wskazania w treści gwarancji wadialnej wnoszonej przez konsorcjum wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem wymóg taki nie wynika z literalnej treści postanowienia zawartego w rozdziale IV ust. 1 pkt 9 SIWZ.

W rozdziale IV ust. 1 pkt 9 SIWZ Zamawiający wskazał, iż dokument wadialny musi identyfikować wykonawcę oraz zawierać informację, iż stanowi zabezpieczenie wadium na rzecz [REDAKTURA] w przetargu ograniczonym [REDAKTURA] o [REDAKTURA].

Dowód: str. 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 346 akt sprawy odwoławczej, znak: [REDAKTURA]

Z powyższego zapisu SIWZ Izba wywiodła wymóg wskazania w treści gwarancji wadialnej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała, iż gwarancje wadialne złożone przez konsorcjum [REDAKTURA] i konsorcjum [REDAKTURA], w których treści wskazano wyłącznie pełnomocnika tych konsorcjów, nie pozwalają na uznanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wnieśli wadium przed upływem terminu składania ofert, w konsekwencji uznając, iż Zamawiający miał obowiązek wykluczenia tych wykonawców z udziału w postępowaniu i uznania złożonych przez te konsorcja ofert za odrzucone.

Z powyższą interpretacją Izby postanowienia rozdziału IV ust. 1 pkt 9 SIWZ nie sposób się zgodzić, gdyż jest ona niezgodna z literalnym brzmieniem wskazanego zapisu SIWZ.

Uzasadniając powyższe należy wskazać, iż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle art. 70¹ § 3 KC jest ona zobowiązaniem, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z

ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Stanowi ona oświadczenie woli zamawiającego, które podlega wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 KC. Ponieważ jest to oświadczenie woli zamawiającego złożone w formie pisemnej sens tego oświadczenia należy ustalać przede wszystkim przyjmując za podstawę wykładni tekst dokumentu, a zatem w pierwszej kolejności odwoływać należy się do językowych reguł znaczeniowych i związków treściowych w tym dokumencie występujących⁶.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż z postanowienia SIWZ dotyczącego wymogu identyfikacji wykonawcy w dokumencie wadialnym nie sposób wywieść wniosku, że w jego treści winni zostać wskazani wszyscy członkowie konsorcjum.

Zarówno bankowa gwarancja wadialna złożona przez konsorcjum [REDAKTOWANE], jak i ubezpieczeniowa gwarancja wadialna złożona przez konsorcjum [REDAKTOWANE], w treści których wskazano pełnomocników tych konsorcjów, identyfikują jednoznacznie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Gwarancje te zostały wystawione na zlecenie pełnomocników konsorcjów, działających imieniem i na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i zostały załączone do ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu ograniczonego, a więc w trybie dwuetapowym. Ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego złożyli oferty wraz z gwarancjami wadialnymi w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego do złożenia ofert, który w momencie zapraszania do składania ofert znał treść pełnomocnictw konsorcjalnych, które to dokumenty zostały załączone do wniosków ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, tj. w trybie dwuetapowym wykonawcą, który składa ofertę nie może być inny podmiot niż ten, który uprzednio przeszedł pozytywnie etap kwalifikacji podmiotowej do udziału w postępowaniu i który został przez zamawiającego zaproszony do złożenia oferty.

Innymi słowy, skoro w niniejszej sprawie oferty zostały złożone przez podmioty, które uprzednio złożyły wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumenty wadialne załączone do tych ofert, mimo że wskazywały wyłącznie pełnomocników konsorcjów, w sposób jednoznaczny identyfikowały wykonawców, którymi na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego byli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, reprezentowani w tym postępowaniu przez pełnomocników.

Tymczasem, jak to zostało wykazane w punktach poprzednich niniejszej skargi, wskazanie w treści gwarancji wadialnej wyłącznie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób pełny zabezpiecza interesy zamawiającego w przypadku spełnienia po stronie któregośkolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przesłanki zatrzymania wadium z art. 46

⁶ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2005 r., sygn. akt: V CK 655/04, Legalis nr 76109.

ust. 4a i 5 ustawy Pzp, co wynika z solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i niepodzielności charakteru ich świadczenia na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym złożenia oświadczenia o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym miejscu należy podzielić również stanowisko Zamawiającego reprezentowane w toku postępowania odwoławczego, iż zapis w rozdziale IV ust. 1 pkt 9 SIWZ ma charakter techniczny pozwalający na przypisanie danego dokumentu do konkretnego postępowania, gdyż wymagania co do charakteru i treści dokumentu wadialnego zostały zawarte w punkcie poprzednim SIWZ.

Dokonanie przez Izbę rozszerzającej interpretacji postanowienia rozdziału IV ust. 1 pkt 9 SIWZ, poprzez wywiedzenie z treści tego zapisu wniosku, iż dokument gwarancji wadialnej winien wskazywać wszystkich członków konsorcjum, który nie wynika z dosłownej interpretacji tych zapisów, uzasadnia zarzut zgłoszony w punkcie II.4) *petitum* niniejszej skargi.

8) Konsekwencją naruszenia przez Izbę przepisów prawa materialnego wskazanych w punktach II.1)-4) *petitum* skargi, 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, 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 ziszcza 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.

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

III. 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, w treści której wskazano wyłącznie pełnomocnika konsorcjum, w praktyce orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej zarysowała się istotna rozbieżność.

Pogląd zbliżony 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 Skarżący, 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 gwarancja 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”;*
- 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 prowadziłoby 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 solidarnej 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 świetle 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 wyraźnego 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).

W wyroku z dnia 23 lipca 2015 r. (sygn. akt: IV Ca 357/15) Sąd Okręgowy w Słupsku wskazał: „nie jest konieczne wymienienie w gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, który samodzielnie ustalał warunki zapłaty wadium w SIWZ. Skoro przyjmuje się jednocześnie, że członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie za konsekwencje powstałe w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest możliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, to tym samym gwarancja (...) jest prawidłowa”. W rozpoznawanym stanie faktycznym Sąd za kluczowe dla wyniku sprawy uznał postanowienia SIWZ, w których zamawiający nie sformułował szczegółowych warunków dla wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Z kolei w wyroku z dnia 10 września 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1041/15) Sąd Okręgowy w Warszawie podkreślił, iż dla oceny prawidłowości wniesienia wadium w formie gwarancji, w której treści wskazano wyłącznie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, znaczenie ma ustalenie daty udzielenia pełnomocnictwa konsorcjalnego. Sąd wskazał, iż gdy pełnomocnictwo to jest udzielone przed datą lub w dacie wystawienia gwarancji bankowej, z jego treści można wywieść skutki prawne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Natomiast w wyroku z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15), wydanym m.in. wskutek skargi Prezesa Urzędu, Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, iż w sytuacji gdy bankowa gwarancja wadialna została wystawiona po zawarciu umowy konsorcjum, a podmiot zlecający jej wystawienie działał jako lider konsorcjum w ramach szerokiego umocowania do działania w imieniu i na rzecz drugiego z wykonawców, nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia takiego konsorcjum z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium. Sąd zwrócił uwagę na niepodzielny charakter świadczenia konsorcjum i wskazał, że współkonsorcjanci za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego odpowiadają jak dłużnicy solidarni, a także podkreślił abstrakcyjny i samodzielny, niezależny od świadczenia głównego, charakter bankowej gwarancji wadialnej.

Skarżący składa w załączeniu kopie przywołanych orzeczeń niedostępnych w systemach informacji prawnej, tj.: wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 408/07), wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akt: X Ga 25/09), wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. (sygn. akt: IV Ca 357/15), wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1041/15) oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15).

Również ww. rozbieżności w orzecznictwie, obok błędnego w ocenie Skarżącego poglądu prawnego, który legł u podstaw wydania skarżonego wyroku, uzasadnia poddanie niniejszej sprawy pod rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego.

IV. 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 pełnomocnika 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.

Podkreślić należy, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie⁷, 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 publicznych⁸. 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.

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 [REDAKTION] uprawomocnił się. Różnica ceny kolejnej oferty w rankingu ofert złożonej przez Odwołujące Konsorcjum (w kwocie [REDAKTION]) w stosunku do ceny oferty złożonej przez konsorcjum [REDAKTION] (w kwocie [REDAKTION]) jest znaczna i wynosi 3.523.397,31 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 konsorcjum [REDAKTION], jest wskazane i uzasadnione interesem publicznym.

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 złożonych przez konsorcjum [REDAKTION], jest wskazane i uzasadnione interesem publicznym.

V. 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.

⁷ wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt: X Ga 23/07, Lex nr 621254.

⁸ 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.

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.

VI. 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.

VII. 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.

p.o. PREZES
Urzędu Zamówień Publicznych
Dariusz Piasta
Wiceprezes

Spis załączników:

- 1) kopie orzeczeń: wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r. (sygn. akt: XIX Ga 408/07), wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akt: X Ga 25/09), wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. (sygn. akt: IV Ca 357/15), wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1041/15) oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15);
- 2) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powierzenia pełnienia obowiązków Prezesa UZP panu Dariuszowi Piaście;
- 3) poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem akt powołania pana Dariusza Piasty na stanowisko Wiceprezesa UZP;
- 4) potwierdzenia przestania odpisów skargi.