



**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 08 kwietnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący – SSO Wiktor Piber (sprawozdawca)

Sędziowie: SO Magdalena Nałęcz

SO Andrzej Sobieszczański

Protokolant sądowy: Rafał Artymiuk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 kwietnia 2016 r., w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego – [REDAKTED]

odwołującego – konsorcjum [REDAKTED] (lider konsorcjum), [REDAKTED] (członek konsorcjum)

uczestnika – konsorcjum [REDAKTED] (lider konsorcjum), [REDAKTED] (członek konsorcjum)

na skutek skarg:

1. konsorcjum [REDAKTED] (lider konsorcjum), [REDAKTED] (członek konsorcjum)
2. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2287/15

- I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt. 1 i oddala odwołanie w całości;
- II. zmienia zaskarżony wyrok w pkt. 2 i obciąża [REDAKTED] oraz [REDAKTED] kosztami postępowania;
- III. zasądza od [REDAKTED] oraz [REDAKTED] [REDAKTED] a rzecz [REDAKTED] oraz [REDAKTED] kwotę 103 600,00 zł (sto trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

IV. obciąża [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] na rzecz [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] kosztami nieuiszczonej przez Prezesa Urzędu Zamówień
Publicznych opłaty od skargi w wysokości 100 000,00 zł (sto tysięcy złotych).

SSO Magdalena Nałęcz

SSO Wiktor Piber

SSO Andrzej Sobieszczęński



Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność

Sekretarz

UZASADNIENIE

Zamawiający - [REDAKTOWANE] prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na [REDAKTOWANE].

W dniu 12 października 2015 r., Zamawiający poinformował drogą elektroniczną o wynikach przetargu i wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum firm: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE].

W dniu 22 października 2015 r., konsorcjum firm: [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] wniosło odwołanie, którym objęte zostały czynności polegające na: wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE], mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, zaniechaniu wykluczenia przedmiotowego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, zaniechaniu czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP oraz zaniechaniu czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, za jaką odwołujący uznawał ofertę złożoną przez siebie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 oraz art. 46 ust. 4a i 5 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy PZP oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy PZP i wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, jak również obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z przedłożonym wykazem kosztów.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili, po stronie zamawiającego, wykonawcy: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE].

Wyrokiem z dnia 2 listopada 2015 r., Krajowa Izba Odwoławcza:

1. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu:

1.1. unieważnienie dokonania czynności badania i oceny ofert;
1.2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE],

1.3. dokonanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] i [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;

2. kosztami postępowania obciążyła zamawiającego [REDAKTOWANE];

2.1. zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23.600 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż w okolicznościach faktycznych ustalonych w przedmiotowym postępowaniu nie sposób było uznać przedłożonych przez przystępujących po stronie zamawiającego wykonawców gwarancji wadialnych za w pełni prawidłowe.

Bezsporną w toku postępowania była kwestia bezwarunkowego i nieodwracalnego charakteru przedłożonych gwarancji. Spornym było natomiast, czy wskazanie jako wykonawcy w przedmiotowych gwarancjach wyłącznie firmy lidera konsorcjum, podczas gdy faktycznym wykonawcą pozostawali wszyscy uczestnicy danego konsorcjum, którzy złożyli wspólną ofertę, wyczerpywało przesłanki jednoznacznego oznaczenia w dokumencie gwarancyjnym podmiotów, których działania wobec zamawiającego ma skutecznie zabezpieczać złożona gwarancja i którym jedynie łącznie służy miano wykonawcy, który złożył ofertę.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zakres oznaczenia podmiotu, za którego działania zobowiązuje się świadczyć na rzecz zamawiającego bank lub ubezpieczyciel winien być tak samo jednoznacznie określony jak zakres przedmiotowy okoliczności uprawniających zamawiającego do skorzystania z wadium. W przypadku bowiem gdy wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia jest konsorcjum firm, przmiot wykonawcy przysługuje de facto łącznie wszystkim podmiotom uczestniczącym w zawartym porozumieniu, nie zaś samemu liderowi konsorcjum, który jest jedynie pełnomocnikiem takiego zbiorowego wykonawcy. Nie sposób przy tym również utożsamiać wyłącznie lidera konsorcjum z „wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia” o którym mowa w art. 23 ust. 3 ustawy PZP. W przeciwnym razie należałoby bowiem uznać, iż w treści formularza oferty mógłby być wymieniony wyłącznie lider, bowiem okoliczność, kto składa ofertę wynikałaby z załączonego dokumentu pełnomocnictwa konsorcjalnego.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w przedstawionych w toku postępowania gwarancjach wadialnych wykonawcy zostali błędnie zidentyfikowani, bowiem za wykonawcę zostali podani wyłącznie liderzy konsorcjum i wyłącznie ich działania gwarant objął swoją odpowiedzialnością. Co więcej, z treści udzielonych gwarancji wynikało, że liderzy nie ujawnili wobec banku, że nie stanowią samodzielnych wykonawców, ale reprezentują jedynie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zdaniem Izby w takiej sytuacji, zamawiający nie byłby w stanie skutecznie skorzystać ze złożonych mu gwarancji, w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, bowiem to nie sam lider konsorcjum jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, nie złożył on samodzielnej oferty i nie uczestniczy samodzielnie w postępowaniu.

W konsekwencji takich rozważań, Krajowa Izba Odwoławcza uznała przedłożone przez skarżone konsorcja gwarancje wadialne za wadliwe, a zatem zobowiązujące do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, czego zamawiający zaniechał.

Zarzuty podniesione w złożonym odwołaniu podlegały w związku z powyższym uwzględnieniu, jako uzasadnione. W następstwie naruszenia powołanych przez odwołującego przepisów doszło także do naruszenia zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, nakazujących przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, orzekając na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy PZP.

Od powyższego wyroku skargę wywiódł przystępujący – konsorcjum wykonawców [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] zaskarżając orzeczenie KIO w całości i zarzucając mu:

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

1. art. 190 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 190 ust. 1 zd. 2 polegające na bezpodstawnym oddaleniu wniosku dowodowego zgłoszonego na rozprawie przez skarżącego z umowy konsorcjum z dnia 21 lipca 2015 r.

2. art. 190 ust. 7 ustawy PZP polegające na wybiórczej, niepełnej ocenie zebranego materiału dowodowego, przejawiające się uznaniem, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] nie została zabezpieczona wadium i ww. wykonawcy nie wnieśli wadium, mimo że wszechstronna ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, zwłaszcza dokumentu pełnomocnictwa z dnia 22 lipca 2015 r. złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również gwarancji wadium nr [REDAKTOWANE] z dnia 2 października 2015 r. 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;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP poprzez błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie, 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. 45 ust. 6 pkt 3 i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP w z w. z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 128) poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż gwarancja bankowa wnoszona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wadium powinna wskazywać na wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, by zabezpieczała roszczenia zamawiającego w związku z wystąpieniem okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium, określonym w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP;

3. art. 23 ust. 1-3 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP poprzez błędną wykładnię i nieuwzględnienie - w toku dokonywania oceny skuteczności wniesienia wadium przez wykonawców - istoty konsorcjum, tj. łącznego udziału w postępowaniu wykonawców składających ofertę wspólnie i w konsekwencji wspólnego (przez wszystkich członków konsorcjum) ponoszenia konsekwencji działań lub zaniechań poszczególnych członków konsorcjum, skutkujących ewentualnym zatrzymaniem wadium przez Zamawiającego w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP;

4. art. 366 i 369 oraz 380 §1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy PZP poprzez błędną wykładnię i ich niezastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że członkowie konsorcjum nie odpowiadają solidarnie za zobowiązania względem zamawiającego przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego;

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: [REDAKTION] i [REDAKTION] [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 zarzuty skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] i [REDAKTION];
2. zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy PZP.

W ustawowym terminie, skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w niniejszej sprawie wniósł także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając go w całości i zarzucając:

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: [REDAKTION]

[REDAKTION] oraz [REDAKTION] 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 [REDAKTION] 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: [REDAKTION]

[REDAKTION] oraz [REDAKTION] 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 [REDAKTION] 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 [REDAKTION] oraz [REDAKTION]

[REDAKTION] 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.

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 k.c. w zw. z art. 44 k.c. w zw. z art. 70³ § 3 k.c. w zw. z art. 70² § 3 k.c. w zw. z art. 14 ustawy PZP i art. 139 ust. 1 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie 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 k.c. 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 niepodzielnego 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 k.c. 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] w [REDAKTOWANE] oraz [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.

W oparciu o powyższe zarzuty Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł 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).

W odpowiedzi na skargę konsorcjum wykonawców [REDAKTOWANE]

[REDAKCYJNE] odwołujący wniósł o oddalenie jej w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz od skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Podobnie, odpowiadając na skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, odwołujący wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający [REDAKCYJNE], w pismach procesowych z dnia 1 grudnia 2015 r., wniósł o uwzględnienie skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz skargi wniesionej przez konsorcjum wykonawców [REDAKCYJNE] i [REDAKCYJNE] wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu do postępowania skargowego po stronie skarżącego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Wniesione skargi w pełni zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należało zaznaczyć, iż zgodnie z art. 198f ustawy Prawo Zamówień Publicznych, sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie.

Przepisy ustawy nie przewidują możliwości uchylecia zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i przekazania wniesionego odwołania do ponownego rozpoznania. Wobec tego, Sąd Okręgowy rozpoznając i uznając za uzasadnioną wniesioną skargę, zobligowany jest przepisami ustawy do rozpoznania uprzednio wniesionego odwołania i wydania orzeczenia co do istoty sprawy.

W niniejszej sprawie istotą sporu, zarówno obejmującego postępowanie odwoławcze, jak i obecnie w postępowaniu skargowym było, budzące wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie następujące zagadnienie prawne:

czy zamawiający może skutecznie wykluczyć wykonawców, w sytuacji, gdy wadium wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne w formie gwarancji bankowej, w której jako wykonawcę wskazano tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Wspomnieć także należy, iż analogiczny problem prawny (dostrzeżony w doktrynie i orzecznictwie) pojawiał się w kontekście zatrzymania/zwrotu złożonego wadium przez zamawiającego, z uwagi na korelacje między art. 24 ust. 2 i art. 46 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W niniejszej sprawie, zarówno gwarancja bankowa udzielona liderowi konsorcjum [REDAKCYJNE], jak i gwarancja ubezpieczeniowa udzielona liderowi konsorcjum [REDAKCYJNE] wskazywała jako wykonawcę wyłącznie lidera, nie określając, że działa on w imieniu własnym oraz na rzecz innego podmiotu, to jest członka konsorcjum.

Podkreślenia wymaga również fakt, iż zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wadium wnoszone w formie innej niż pieniądzu musiało w szczególności określać bezwarunkowy, nieodwołalny obowiązek zapłaty na pierwsze żądanie zamawiającego, w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy oraz być ważne przez okres związania ofertą, określony w niniejszej specyfikacji.

Dokument wadialny musiał także identyfikować wykonawcę oraz zawierać informację, iż stanowi zabezpieczenie wadium na rzecz zamawiającego i dokładne określenie przedmiotu zamówienia.

Jak już wskazano powyżej, ocena takiego stanu faktycznego prowadzi do zgoła rozbieżnych stanowisk. Część doktryny i orzecznictwa uważa, że uwzględnienie w gwarancji wyłącznie lidera konsorcjum kwalifikuje się jako wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na treść art. 23 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zwolennicy przedmiotowego poglądu powołują kwestię solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia publicznego.

Drugi z poglądów opiera się na abstrakcyjnym charakterze gwarancji i jego oderwaniu od stosunku podstawowego, jakim jest wniosek zleceniodawcy gwarancji, jak również na założeniu, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o realizację zamówienia nie tworzą odrębnego bytu prawnego jak również nie gromadzą wspólnego mienia rodzącego odpowiedzialność solidarną. Co więcej przepis art. 23 ust. 3 ustawy PZP reguluje stosunki pomiędzy zamawiającym a wykonawcami i nie ma skutku dla banku, jako wystawcy gwarancji.

Sąd Okręgowy, w ustalonym w niniejszej sprawie stanie faktycznym, uznaje za prawidłowe i słuszne pierwsze z prezentowanych stanowisk.

W ocenie Sądu nie zasługuje na aprobatę pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażony w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, zgodnie z którym gwarancje wadialne przedłożone przez konsorcjum firm: [REDAKTION] i [REDAKTION] [REDAKTION] oraz [REDAKTION] i [REDAKTION] były nieprawidłowe i winny skutkować wykluczeniem tychże wykonawców oraz uznania za odrzucone złożonych ofert.

W pierwszej kolejności należy się odnieść do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, sporządzonej przez zamawiającego. Bezspornie umożliwia ona wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez kilka podmiotów, tworzących konsorcjum. Ponadto, zgodnie z jej zapisami dotyczącymi wniesienia wadium, dokument wadialny musi identyfikować wykonawcę.

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest w związku z tym podstaw do uznania, że zapisy SIWZ wprowadzają obowiązek wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej, w której wymienieni byłiby wszyscy wykonawcy.

Przedłożona przez konsorcjum [REDAKTION] i [REDAKTION] [REDAKTION] gwarancja bankowa bezspornie identyfikuje wykonawcę. Wskazuje ona bowiem na lidera konsorcjum oraz określa dokładnie przedmiot zamówienia. Podkreślenia wymaga przy tym również fakt, że zamawiający posiadał od początku wiedzę i miał świadomość, że oferta złożona została przez dwa podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, które łączy mowa konsorcjum, reprezentowane przez lidera.

Ponadto należy zwrócić uwagę na bezwarunkowy i nieodwołalny zakres gwarancji, wypełniający w tym zakresie wymogi SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią gwarancji bankowej udzielonej [REDAKTION], udzielający gwarancji zobowiązał się do wypłaty kwoty 800.000 zł, bezwarunkowo po otrzymaniu wezwania do zapłaty zawierającego

oświadczenie, że wykonawca uchybił warunkom lub nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku wynikającego z wskazanych konkretnych przepisów ustawy PZP.

W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, udzielonej na rzecz [REDAKTOWANE] zakres gwarancji został określony w jeszcze ogólniejszy sposób, wskazano w niej bowiem, że zamawiającemu zostanie wypłacona kwota do wysokości określonej w gwarancji po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadniania, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium określonego w ustawie PZP.

Mając to wszystko na względzie, należy uznać, iż przedłożone przez skarżącego i przystępującego po stronie zamawiającego konsorcjum gwarancje pozostają w zgodności z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wobec czego bezsprzecznie doszło do skutecznego wniesienia wadium.

Sąd Okręgowy nie podziela również stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, jakoby tak sporządzone gwarancje bankowe nie zabezpieczały w sposób wystarczający interesów zamawiającego. Nie sposób również zgodzić się z poglądem, jakoby udzielenie gwarancji wyłącznie na rzecz lidera konsorcjum utrudniało jej późniejszą realizację przez zamawiającego w przypadku niespełnienia zobowiązań wynikających z ustawy przez członka konsorcjum.

W tym miejscu należy odnieść się do powoływanego zarówno w odwołaniu, jak i uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, ale także w złożonych skargach, art. 23 ust. 3 ustawy PZP.

Zgodnie z nim przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców. Statuuje on zatem zasadę łącznego udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Regulacja ustawy Prawo Zamówień Publicznych przewiduje możliwość łącznego ubiegania się o udzielenie zamówienia kilku wykonawców oraz obowiązek ustanowienia, w takim przypadku, pełnomocnika (lidera konsorcjum) uprawnionego do ich reprezentacji.

Na podkreślenie i aprobatę zasługuje stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w wyroku z dnia 13 października 2011 r. (sygn. V CSK 475/10, LEX nr 1108492), w którym jednoznacznie wskazano:

„art. 23 PZP statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider konsorcjum.”

Takie rozumienie istoty działania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma dla niniejszej sprawy decydujące znaczenie. W razie bowiem wezwania przez zamawiającego pełnomocnika konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji czy wreszcie do zawarcia samej umowy, obowiązek wynikający z wezwania obciąża nie tylko lidera konsorcjum czy jego określonego członka, ale konsorcjum jako całość i wszystkich jego członków jednocześnie.

~~W konsekwencji, w razie niewypełnienia wezwania, zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium niezależnie od tego, czy w gwarancji bankowej są wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum czy tylko jego lider. W wyniku bowiem wniesienia do wspólnej~~

oferty wadium przez jednego z uczestników dochodzi do przyjęcia przez niego ryzyka utraty wadium również w przypadku, gdy odpowiedzialność za przyczynę zatrzymania wadium będzie ponosił inny uczestnik konsorcjum. (tak: K. Muchowska – Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis).

W tym miejscu warto również zwrócić uwagę na treść art. 7 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Mając na uwadze treść art. 23 ust. 3 ustawy, oznacza to, że w przypadku konsorcjum wykonawców nie jest możliwe zawarcie umowy wyłącznie z jednym z nich, a jedynie ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum uczestniczącymi w postępowaniu.

Odnosząc się do kwestii zabezpieczenia interesów zamawiającego, nie sposób nie wspomnieć o bezwarunkowym zakresie udzielonych w tym postępowaniu gwarancji, na co wskazano już powyżej.

Zgodnie z art. 81 ustawy Prawo bankowe gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku – gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zamówieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji, bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Przedłożone w niniejszym postępowaniu gwarancje mają bezsprzecznie charakter bezwarunkowy. Jak już wskazano, wypłata sumy gwarancyjnej ma zgodnie z ich zapisami nastąpić na pierwsze żądanie zamawiającego, po złożeniu pisemnego oświadczenia o treści wskazanej w dokumencie gwarancyjnym. Podkreślenia wymaga fakt, że gwarancja bankowa jest oderwana od stosunku podstawowego, którym w tym przypadku była umowa łącząca zamawiającego z wykonawcą. Wypłata kwoty wskazanej w gwarancji nie jest zatem uzależniona od podjęcia przez bank jakichkolwiek czynności sprawdzających, a następuje wyłącznie w odpowiedzi na złożone przez zamawiającego oświadczenie. Co więcej, zamawiający nie musi wykazywać dochodzonego roszczenia. Bank w związku z tym nie może również w szczególności powoływać się na fakt, że winy za niewykonanie obowiązku przez konsorcjum nie ponosi jego lider wskazany w gwarancji, a inny członek konsorcjum.

W związku z tym bez znaczenia pozostawał, dla możliwości późniejszej realizacji gwarancji fakt, że została ona udzielona liderowi konsorcjum, nie zaś wszystkim wykonawcom wchodzących w jego skład.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące braku podstaw do uznania solidarności członków konsorcjum na etapie postępowania przetargowego. Przeciwnie, zdaniem Sądu, należy uznać, że odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się na zasadach solidarności dłużników.

W odniesieniu do zabezpieczonego przez wadium obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną przewiduje art. 141 ustawy PZP. W ocenie Sądu Okręgowego, w pozostałym zakresie zabezpieczonym przez wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów również jest odpowiedzialnością solidarną.

W szczególności, solidarność ta wynika z art. 370 k.c., zgodnie z którym jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Mieniem, zgodnie z art. 44 k.c., jest natomiast własność i inne prawa majątkowe.

Na podstawie art. 139 ust. 1 ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ma więc w tym przypadku zastosowanie również art. 70³ § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 70² § 3 k.c. zgodnie z którym 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.

Przenosząc powyższe, na grunt postępowania stanowiącego przedmiot niniejszej sprawy, najpóźniej z chwilą wyboru oferty powstaje po stronie konsorcjantów wierzytelność, na podstawie której mają oni prawo żądać od zamawiającego zawarcia z nimi umowy. Prawo to ma charakter majątkowy, i jak już wskazano, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP przysługuje łącznie wszystkim uczestnikom konsorcjum. W konsekwencji stanowi zatem ich wspólne mienie (jako prawo majątkowe) w rozumieniu art. 44 k.c.

Wybór oferty złożonej przez konsorcjum zobowiązuje zamawiającego do zawarcia umowy ze wszystkimi jego uczestnikami. Nie jest dopuszczalne zawarcie umowy jedynie z niektórymi jego uczestnikami.

Z drugiej strony, konsorcjantów obciąża wspólne zobowiązanie do zawarcia umowy z zamawiającym, które także odpowiednio dotyczy wspólnego mienia konsorcjantów. Z tego względu, w ocenie Sądu Okręgowego zasadnym jest przyjęcie solidarnej odpowiedzialności współkonsorcjantów za zawarcie umowy. Co za tym idzie, gwarancja, w której wymieniono wyłącznie jednego uczestnika konsorcjum nie ma wpływu na obniżenie poziomu zabezpieczenia interesów zamawiającego.

Takie ukształtowanie świadczeń obciążających konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne przemawia również za uznaniem że mają one charakter świadczenia niepodzielnego. W tym natomiast zakresie znajduje zastosowanie art. 380 § 1 k.c. zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. Odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Oznacza to zatem, że każdy z konsorcjantów, odpowiadając jak dłużnik solidarny, ma możliwość wykonania zobowiązania ze skutkiem dla współdłużników.

W konsekwencji, także niespełnienie świadczenia przez którekolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna, a zatem będzie umożliwiać zamawiającemu zaspokojenie się z gwarancji wadialnej w której treści jako wykonawca został wymieniony jedynie jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych również powodów uznać należy, iż złożone przez skarżącego i przystępującego po stronie zamawiającego gwarancje, obejmujące w swej treści wyłącznie liderów konsorcjum były prawidłowe i zabezpieczały w pełni interesy zamawiającego.

Z powyższych względów zasadne okazały się zarzuty podnoszone w wniesionych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz konsorcjum: [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] skargach, które w konsekwencji prowadziły do zmiany zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i oddalenia odwołania w całości.

W wyniku bowiem błędnej interpretacji i nieprawidłowego zastosowania przepisów materialnych oraz procesowych, Krajowa Izba Odwoławcza mylnie uznała, że złożone w toku postępowania gwarancje wadialne były nieprawidłowe. W ocenie Sądu Okręgowego

przedmiotowe gwarancje były zgodne zarówno z warunkami SIWZ, jak też przepisami ustawy.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż powoływany w toku postępowania skargowego wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015 r., wydany w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 1041/15 pozostawał bez wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie, albowiem zapadł on w odmiennym stanie faktycznym.

Jednocześnie *a contrario* z uwagi na analogiczny stan faktyczny będący przedmiotem analizy tut. Sądu Okręgowego, w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 1313/15, stanowisko zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 października 2015 r., należało podzielić w całej rozciągłości.

Ostatecznie, Sąd Okręgowy, działając zgodnie z art. 198f ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej i oddalił odwołanie w całości.

Zmianie w związku z powyższym podlegało orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie bowiem z art. 198f ust. 5 ustawy strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. W związku z tym kosztami postępowania odwoławczego należało w całości obciążyć odwołującego konsorcjum: [REDAKTOWANE]

W zakresie kosztów postępowania skargowego, całością tychże kosztów należało również obciążyć odwołującego, jako przegrywającego postępowanie.

W ocenie Sądu Okręgowego, w postępowaniu skargowym nie znajduje zastosowania, wnioskowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasada słuszności wyrażona w art. 102 k.p.c.

Zgodnie bowiem z art. 198a ust. 2 ustawy PZP, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału ustawy dotyczącego postępowania skargowego nie stanowią inaczej.

Przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych stanowią inaczej, zawierają bowiem szczególne regulacje dotyczące kosztów postępowania skargowego, które wyłączają stosowanie określonych przepisów k.p.c.

Zgodnie bowiem art. 198f ust. 5 PZP, strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania.

Przepis ten ustala zatem wyłącznie zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, usankcjonowaną w art. 98 k.p.c.

Na koszty postępowania skargowego składały się koszty poniesione przez skarżącego, to jest opłata od skargi w wysokości 100.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika skarżącego, którego wysokość Sąd Okręgowy ustalił, mając na uwadze wartość przedmiotu sporu w niniejszej sprawie. W Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu brak jest bowiem regulacji dotyczących stawek wynagrodzenia w sprawach ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, jak też w sprawach o zbliżonym charakterze.

W związku z tym, Sąd Okręgowy o wysokości wynagrodzenia pełnomocnika orzekł na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 wspomnianego Rozporządzenia.

Dodatkowo, odwołującego należało obciążyć kosztami nieuiszczonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opłaty od skargi, na zasadzie art. 113 u.o.k.s.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.

SSO Magdalena Nałęcz

SSO Wiktor Piber

SSO Andrzej Sobieszkański



Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność

Sekretarz