

Sygn. akt IV Ca 357/15

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

19. 08. 2015

Dzi- KIO- 14886/15  
WPLYNEŁO



**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 23 lipca 2015r.

Sąd Okręgowy w Słupsku IV Wydział Cywilny Odwoławczy  
w składzie następującym :

Przewodniczący: SSO Andrzej Jastrzębski  
Sędziowie SO: Dariusz Dumanowski, Mariusz Struski (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Zadrożna  
po rozpoznaniu w dniu 17 lipca 2015 r., w Słupsku  
na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum Spółek: [REDACTED]

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej  
z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 813/15

przy udziale:

zamawiającego [REDACTED]

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 (pierwszym) (iii) poprzez wyeliminowanie z jego treści zapisu o nakazaniu zamawiającemu - [REDACTED] wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm : [REDACTED]

[REDACTED] i w tej części oddała dodatkowo odwołanie [REDACTED] wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015r.;

II. zasądza od [REDACTED]

[REDACTED] na rzecz Konsorcjum firm : [REDACTED]

[REDACTED] kwotę 78 617 ( siedemdziesiąt osiem tysięcy sześćset siedemnaście ) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.



Wyższe władze podjęły  
Za zgodność  
SEKRETARZ SĄDOWY

[Signature]

### Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 5 marca 2015r. KIO 813/15 na podstawie art. 24 ust 2 punkt 2 oraz art. 24 ust. 2 punkt 4 Prawo zamówień publicznych uwzględniła odwołanie [REDAKTOWANE] i nakazała Zamawiającemu [REDAKTOWANE] (i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm : [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] jako oferty najkorzystniejszej; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] (iii) wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] (v) powtórzenie czynności oceny i badania ofert, w punkcie 2 w pozostałym zakresie oddalono odwołanie , w punktach 3 orzeczono o kosztach.

Na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej skargę do Sądu Okręgowego złożyło Konsorcjum firm : [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] Konsorcjum firm zaskarżając wyrok w części dotyczącej punktu 1 (iii) i podnosząc zarzuty:

1. obraży prawa materialnego, polegającą na naruszeniu art. 24 ust. 2 punkt 2 prawa zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie, polegające na przyjęciu, Konsorcjum nie wniosło wadium w terminie do składania ofert,
  2. naruszenia art. 65 §1 i § 2 k.c. w zw. z art. 14 prawa zamówień publicznych przez jego niezastosowanie,
- stwierdził, że w konsekwencji KIO dokonała wadliwej oceny wniesienia wadium i nakazania jego wyeliminowania. W konkluzji powyższego skarżący wniósł o zmianę w części zaskarżonego wyroku poprzez stwierdzenie braku obowiązku wykluczenia Konsorcjum oraz zasądzenie od przeciwnika skargi, zwrotu kosztów postępowania.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym pełnomocnik [REDAKTOWANE] wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej min. z tej

przyczyny, że po stronie skarżącego brak jest konsorcjum firm skoro zamówienie złożył jedna firma [REDAKTOWANE] oraz prawidłowo zakwestionowano wniesienie wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej jednej firmie nadto o zwrot kosztów postępowania.

#### Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Sąd Okręgowy rozstrzygając skargę od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2015r. KIO 813/135, zgodnie z art. 198f ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013r., poz. 907 ze zm., zwanej dalej „PZP”) miał do wykonania określone zadanie. Zgodnie z tym przepisem, 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 art. 192-195 stosuje się odpowiednio. Przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Sądu Okręgowego jedynym możliwym, a przy tym jedynym prawidłowym, ~~orzeczeniem~~ które mogło zapaść w niniejszej sprawie, przy uwzględnieniu okoliczności podniesionych w skardze oraz na etapie postępowania prowadzonego ze skargi do Sądu, było uwzględnienie skargi i zmiana zaskarżonego w części wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2015r. KIO 813/15 tj. w części dotyczącej punktu 1 (iii) i oddalenie w dalszej części odwołania [REDAKTOWANE]

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zarzutów, które odnosiły się do zakwestionowania rozstrzygnięcia zarzutów samej skargi należało w pierwszym rzędzie odnieść się do stanowiska przeciwnika skargi [REDAKTOWANE], który na rozprawie przed Sądem Okręgowym w Słupsku w odpowiedzi na skargę żądając jej oddalenia i zasądzenia zwrotu kosztów postępowania kwestionował możliwość zakwalifikowania skarżącego jako podmiotu stanowiącego Konsorcjum wykonawców [REDAKTOWANE]. W ocenie [REDAKTOWANE]

[REDAKCYJNE] oferta została złożona wyłącznie przez [REDAKCYJNE]  
[REDAKCYJNE] i ta okoliczność  
powinna determinować rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

Tymczasem obok przepisu art. 198f ust. 2 PZP w niniejszej sprawie znaczenie też miał przepis art. 198a ust. 2 PZP, stosownie do brzmienia którego w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. W literaturze i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że odpowiednie stosowanie przepisów prawa oznacza bądź stosowanie odnośnych przepisów bez żadnych zmian do innego zakresu odniesienia, bądź stosowanie ich z pewnymi zmianami, bądź też niestosowanie tych przepisów do innego zakresu odniesienia (por. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2006 r., III CZP 56/06, OSNC 2007, nr 3, poz. 43).

Powyższe oznacza, że stanowisko [REDAKCYJNE]  
[REDAKCYJNE] prezentowane przed Sądem Okręgowym nie mogło odnieść żadnego skutku. Tak jak nie można było już rozszerzyć żądania skargi ani występować z nowymi zarzutami ( art. 383 k.p.c. ), tak nie sposób było prowadzić postępowania w części prawomocnie zakończonej wyrokiem KIO w sprawie KIO 813/15 w sytuacji, gdy [REDAKCYJNE] sama nie wniosła skargi ( art. 384 k.p.c. ). Podkreślenia wymaga, że wątpliwość do której odwoływał się przeciwnik skargi tj. [REDAKCYJNE] była przedmiotem oceny merytorycznej przeprowadzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 813/15. Na skutek odwołania wywiedzionego przez [REDAKCYJNE] w dniu 5 maja 2015r. wydała orzeczenie i co ważne w tej części rozstrzygnięcie nie zostało zaskarżone. Uważna lektura dokumentacji zebranej w sprawie KIO 813/15, z której dopuszczono dowód przed Sądem Okręgowym Słupsku wskazuje, że wątpliwość podnoszona przez [REDAKCYJNE] była przedmiotem jej skargi w ramach zarzutu nr 2 ( naruszenie zasad nieuczciwej konkurencji i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP, zarzutu

nr 3 ( niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez [REDAKTOWANE] oraz zarzutu nr 4 ( brak posiadania przez konsorcjum [REDAKTOWANE] warunków do udziału w przetargu). KIO prowadząc postępowanie w tej kwestii dociekała ewentualnej skuteczności tych zarzutów. KIO ustaliła jednak fakty wskazujące na wezwanie przez Zamawiającego do złożenia przez [REDAKTOWANE] wyjaśnień i dokumentów w kwestii potwierdzenia jaki podmiot złożył ofertę w postępowaniu i złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i oceniając te ustalenia przeprowadził samodzielnie analizę prawną zarzutów nr 2,3 i 4. Pogłębiona analiza doprowadziła KIO do oceny negatywnej tej części odwołania [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] czemu dano wyraz w punkcie 2 wyroku z dnia 5 maja 2015r. KIO 813/15 oraz w uzasadnieniu orzeczenia. Zarzuty zostały uznane za bezzasadne i wyrok w tej kwestii nie został zaskarżony. Powyższe oznacza, że nie ma podstaw prawnych do ponownego kwestionowania tych ustaleń i rozważań na skutek skargi wywiedzionej przez [REDAKTOWANE] od innej części wyroku KIO ( art. 384 k.p.c.). Sąd Okręgowy pozostaje związany tymi ustaleniami i bez potrzeby ich powtarzania czyni je podstawą własnego rozstrzygnięcia ( art. 382 k.p.c. ).

Odnosząc się do *meritum* skargi podnieść należy, że w przypadku skarżącego mamy do czynienia niewątpliwie z wykonawcami, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. ( art. 23 ust. 1 i 3 PZP). Podzielić należy w konsekwencji zarzut Skarżącego Konsorcjum firm [REDAKTOWANE], iż nie do przyjęcia jest zaprezentowane przez KIO stanowisko w przedmiocie uznania za zasadny zarzut nr 5 odwołania [REDAKTOWANE] tj. niewniesienia należytego wadium przez Konsorcjum. W opinii Sądu Okręgowego stanowisko KIO jest przeteoretyzowane, odsyła do orzeczeń KIO, które stoją w opozycji do innych orzeczeń KIO oraz orzeczeń sądów powszechnych lub zapadły w innym stanie faktycznym. Tymczasem kluczowa dla wyniku sprawy pozostaje okoliczność, że Zamawiający wymagania dotyczące wniesienia wadium przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, określił w rozdziale VIII SIWZ, w którym nie ma mowy o radykalnie innych lub szczególnych warunkach dla wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy stanowi, iż z powstępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. W świetle powyższego za brak wadium wypełniający ww. przesłankę wykluczenia, uznaje się nie tylko fakt nie wniesienia wadium w ogóle, jak też wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy - wadium, które w świetle zidentyfikowanych okoliczności faktycznych lub prawnych nie będzie mogło posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego (np. na skutek wad stanowiącej wadium gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej). W ocenie Sądu Okręgowego w taki sposób nie należy jednak oceniać niniejszej sytuacji i wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 24 lutego 2015r. Przedstawiona przez skarżącego gwarancja ubezpieczeniowa jest prawidłowa i w pełni odpowiadająca przepisom ustawy, a także jeżeli chodzi o wysokość sumy gwarantowanej - wymogom SIWZ (20.000złotych). W danym przetargu może ona więc spełnić rolę jej przypisaną. Z treści dokumentu gwarancji, zmienionej aneksami z dnia 27 lutego 2015r. i 9 marca 2015r. gwarant oznaczył postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sumę gwarancyjną zgodną z regulacjami SIWZ ora uprawnionego z tytułu gwarancji, czyli zamawiającego. Zdaniem Sądu Okręgowego nie jest konieczne wymienienie w gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, którzy samodzielnie ustala warunki wpłaty 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 (por. wyrok KIO z 3 września 2013r. 2033/13, wyrok KIO z 15 kwietnia 2014r. KIO 649/14, KIO 655/14, wyrok KIO z dnia 5 marca 2015r. KIO 336/15), to tym samym gwarancja w niniejszej sprawie jest prawidłowa.

Konkludując, skoro Zamawiający nie zakazał w SIWZ żadnych szczegółowych warunków dla wniesienia wadium przez zamawiającego występującego w formie Konsorcjum firm to uznając zatem za uzasadnione zarzuty skargi, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony w części wyrok przez wyeliminowanie zapisu o nakazaniu zamawiającemu wykluczenie z postępowania skarżących

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i w tej części oddalił dodatkowo odwołanie.

O kosztach postępowania, należnych skarżącemu Konsorcjum Spółek od Odwołującego za postępowanie przed Sądem Okręgowym, postanowiono w oparciu o przepis art. 198f ust. 5 przywołanej ustawy przy zastosowaniu dyspozycji art. 108 § 1 k.p.c. i art. 98 k.p.c., 99 k.p.c. przy zast. art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 3 punkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 17 marca 2010 r.) ( zwrot 75 000 złotych oraz 3 600 złotych wynagrodzenie pełnomocnika oraz 17 złotych opłata od pełnomocnictwa ).



*Wszystkie właściwe podpisy*  
**Za zgodność**

**SEKRETARZ SĄDOWY**