

Sygn. akt XXIII Ga 1041/15

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

DzK - KIO - 1807/15  
2015 -10- 07



W P Ł Y N E Ł O

WYROK

1313  
CEP 13

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 września 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Andrzej Sobieszczański

Sędziowie: SO Magdalena Nałęcz (spr.)

SO Bernard Litwiniec

Protokolant: prot. sąd. Kacper Kurowski

po rozpoznaniu w dniu 4 września 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi [redacted] spółki akcyjnej z siedzibą w [redacted] i [redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w [redacted] z udziałem przeciwnika skargi [redacted] spółki akcyjnej z siedzibą w [redacted] przy udziale zamawiającego [redacted] - [redacted] [redacted] [redacted]

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 974/15

- I. oddala skargę;
- II. zasądza od [redacted] spółki akcyjnej z siedzibą w [redacted] i [redacted] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w [redacted] na rzecz [redacted] spółki akcyjnej z siedzibą w [redacted] kwotę 1 800 zł ( jeden tysiąc i osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY  
za zgodność

Sekretarz

[Handwritten signature]

## UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 22 maja 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 974/15 po rozpoznaniu odwołania wykonawcy [REDAKTED] S.A. w [REDAKTED] uwzględniło odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazała zamawiającemu - [REDAKTED] - [REDAKTED]

- unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: [REDAKTED] z siedzibą w [REDAKTED] oraz [REDAKTED] z siedzibą w [REDAKTED] jako oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: [REDAKTED] oraz [REDAKTED];
- powtórzenie czynności oceny i badania ofert (pkt 1).

W pozostałym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie (pkt 2). Nadto kosztami postępowania obciążyła zamawiającego [REDAKTED] zasądzając jednocześnie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 15 000 zł z tytułu wpisu od odwołania (pkt 3, 3.2).

Powyższe rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza oparła na następujących ustaleniach faktycznych:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: 1. Budowa obwodnicy [REDAKTED] w ciągu drogi krajowej nr 16: Zadanie nr 1: od początku opracowania w kilometrze projektowanym 0+000 (istn. 132+220) do km ok. 10+000 (za węzłem Olsztyn - Południe); 2. Budowa S51 Olsztyn - Olsztynek na odc. Olsztyn Wschód - Olsztyn Południe (dawniej: Budowa obwodnicy Olsztyna w ciągu drogi krajowej nr 16: Zadanie nr 2: od km ok. 10+000 do końca opracowania w km ok 24+701 (za węzłem Olsztyn - Wschód).

Do oferty Konsorcjum [REDACTED] oraz [REDACTED] dołączyło dokument zatytułowany Gwarancja wadialna nr [REDACTED] wystawiony przez [REDACTED] w dniu 21 listopada 2014 r. Z treści gwarancji wynika, że bank wystawił przedmiotowy dokument na potrzeby oferty składanej przez firmę [REDACTED] z siedzibą [REDACTED] w postępowaniu. W dniu 25 lutego 2015 r. [REDACTED] skierowało do [REDACTED] oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni. Do oświadczenia został dołączony dokument Zmiana nr 1 do gwarancji wadialnej nr [REDACTED] datowany na dzień 24 lutego 2015 r. zawierający oświadczenie [REDACTED] o treści: „niniejszym przedłużamy termin ważności naszej ww. gwarancji wystawionej za zobowiązanie firmy [REDACTED] (...) do dnia 18 maja 2015 r. (...)”.

W dniu 3 marca 2015 r. [REDACTED] skierowała do Gwaranta - [REDACTED] pismo znak: [REDACTED] zwracając się o wyjaśnienie czy przedmiotowa gwarancja (...) obejmuje zabezpieczenie roszczeń [REDACTED] w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 w stosunku do całego Konsorcjum, w tym do [REDACTED] Partner Konsorcjum, [REDACTED] - [REDACTED]

W odpowiedzi pismem z dnia 17 marca 2015 r. Gwarant stwierdził, że gwarancja obejmuje zabezpieczenie roszczeń [REDACTED] w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do całego Konsorcjum.

Na skutek przekazania w dniu 12 maja 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED] oraz [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED]. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom

postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) - Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczna Krajowa Izba Odwoławcza wywiodła, że:

Zasadny okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, z uwagi na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium. Wadliwość złożonej gwarancji bankowej polegała na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań spółki [REDAKTOWANE], z pominięciem podmiotu, z którym ww. spółka złożyła ofertę wspólną, czyli spółki [REDAKTOWANE]. Na tle analizowanej sprawy spór dotyczył prawidłowości określenia treści gwarancji w przypadku ubiegania się o zamówienie przez konsorcjum wykonawców i ustalenia czy do skutecznego wniesienia wadium konieczne jest wymienienie w liście gwarancyjnym wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji bankowej przesądzają bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić bankowi na skuteczne uchylenie się od wypłaty sumy gwarancyjnej. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Tym samym zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przesłanka zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, jak również przesłanki wskazane w art. 46 ust. 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie podkreślić należy, że wynikająca z ustawy Pzp odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy relacji między tymi wykonawcami a zamawiającym. Nie kształtuje ona relacji prawnych z podmiotami trzecimi, takimi jak bank (gwarant). Niezależnie jednak od powyższego zauważyć należy, że żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 ustawy Pzp i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A contrario, solidarna odpowiedzialność wykonawców na podstawie ustawy nie obejmuje czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, w tym mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (takich jak niezłożenie dokumentów lub

oświadczeń na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy). Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej, zawiązanie konsorcjum bowiem nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej. Za błędne należy również uznać konstruowanie odpowiedzialności solidarnej z samego faktu złożenia wspólnej oferty. W literaturze przedmiotu podnosi się w związku z brzmieniem art. 369 KC, iż zobowiązanie solidarne wymaga szczególnego tytułu, dla jego zaistnienia nie jest bowiem wystarczająca sama tylko wspólnota celu powiązań między dłużnikami. Brakuje również wystarczających podstaw do uznania umowy konsorcyjnej za czynność prawną w rozumieniu art. 369 KC zastrzegającą solidarność zobowiązania wykonawców w stosunkach zewnętrznych z zamawiającym. Umowa konsorcyjna wywołuje bowiem skutek tylko między jej stronami, a nie w stosunku do zamawiającego. Przez czynność prawną jako podstawę solidarności należy rozumieć zatem tylko umowę z zamawiającym. Wynika to stąd, iż nie można nikogo zobowiązać bez jego zgody ani też przyznać mu określonego prawa, jeśli sobie tego nie życzy, trzeba stwierdzić, iż przy czynności prawnej jednostronnej solidarność wchodzi w grę tylko wtedy, gdy upoważnienie do jej dokonania zawarte zostało we wcześniejszej umowie. Podnoszony więc przez Przystępującego argument o solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum zawartej w umowie konsorcyjnej jest bez znaczenia, gdyż nie rodzi ona żadnych skutków w stosunku do Zamawiającego, który nie jest stroną tego stosunku zobowiązaniowego i nie może wywodzić w stosunku do siebie żadnych praw z niego wynikających.

Wniesienie wadium jest prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W przypadku objęcia gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców. Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Co do pisma [REDAKTOR] z dnia 17 marca 2015 r., to po pierwsze datowane jest po terminie składania ofert. Po drugie, ze względu na abstrakcyjny charakter zobowiązania wynikającego z gwarancji bankowej tylko treść gwarancji bankowej stanowi podstawę ustalania zakresu zobowiązania banku. Pismo z dnia 17 marca 2015 r. nie może być traktowane jako aneks do gwarancji, gdyż nie zawiera w sobie wymaganych elementów wynikających z ustawy Prawo Bankowe.

Wobec powyższego zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, co wobec dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania.

Skargę od powyższego wyroku wniosło Konsorcjum wykonawców [REDAKTOR] i [REDAKTOR] zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciło:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na bezzasadnym uznaniu, że przedłożona przez Skarżącego oferta nie była zabezpieczona wadium, zaś Skarżący nie wniósł wadium, a w konsekwencji naruszenie przepisów postępowania, mających istotny wpływ na jego wynik, tj.:
- 2) art. 191 ust. 1 i 2 ustawy PZP, poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i tym samym błędne uwzględnienie odwołania złożonego przez [REDAKTOR] i nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Skarżącego;
- 3) art. 185 ust. 7 ustawy PZP poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), w tym naruszenie art. 1194 § 1 KPC i naruszenie art. 1197 § 2 KPC;
- 4) art. 190 ust. 7 ustawy PZP poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, oraz naruszenie prawa materialnego, tj.:
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP w związku z art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy PZP i w konsekwencji uznanie, że Zamawiający dopuścił się zaniechania wykluczenia Skarżącego z postępowania.

Mając na uwadze powyższe uczestnicy konsorcjum wnieśli o uwzględnienie skargi poprzez zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania. Nadto wnieśli o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę wniósł uczestnik [REDAKTOWANO] wnosząc o oddalenie skargi i zasądzenie na rzecz [REDAKTOWANO] kosztów postępowania sądowego według norm przepisanych.

[REDAKTOWANO] w [REDAKTOWANO] wniosła o uwzględnienie skargi.

#### Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd drugiej instancji podziela w całości poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia faktyczne, ich prawną ocenę i w konsekwencji przyjmuje je za własne.

Zarzuty Skarżącego wskazane w petitum skargi są niezasadne i nie mogą prowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku w kierunku postulowanym przez Skarżącego.

Argumentacja podniesiona w skardze sprowadza się w istocie do próby zdezawuowania stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w zakresie przyjęcia, że gwarancja bankowa obejmująca tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi nieprawidłowo złożone wadium jako zabezpieczenie wspólnej oferty. W niniejszej sprawie bowiem gwarancja bankowa nr [REDAKTOWANO] udzielona przez [REDAKTOWANO] została wystawiona jedynie na firmę [REDAKTOWANO] z siedzibą w [REDAKTOWANO].

Uzasadniając oddalenie skargi wyjaśnić należy kilka zagadnień, których analiza jest niezbędna do wydania trafnego rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

W pierwszej kolejności zwrócić uwagę trzeba na charakter prawny gwarancji bankowej, co zostało słusznie wyeksponowane również przez Krajową Izbę Odwoławczą. Gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i nieakcesoryjnym w relacji do stosunku podstawowego. Umocowanie normatywne do takiego stanowiska znajduje się przede wszystkim w art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jednolity Dz.U. 2015.poz.128 ze zm.), który stanowi, że gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu 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. Ponadto nieakcesoryjny charakter gwarancji znalazł też odzwierciedlenie w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo bankowe, który dopuścił wymagalność roszczenia z tytułu gwarancji bankowej, nawet jeżeli zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Wątpliwości budziła jedynie treść art. 82 ustawy Prawo bankowe, który dopuszczał przelew wierzytelności z gwarancji tylko wraz z przeniesieniem wierzytelności zabezpieczonej gwarancją. Niemniej jednak podzielić należy zapatrywanie wyartykułowane w doktrynie, iż treść art. 82 w zw. z art. 86a ustawy Prawo bankowe uzasadnia stwierdzenie, że *de facto* możliwy jest przelew wierzytelności z gwarancji bankowej bez przeniesienia wierzytelności zabezpieczonej gwarancją, co czyni gwarancję bankową niezależną od podstawowego stosunku prawnego (zob. H. Gronkiewicz-Waltz (red.), *Prawo bankowe. Komentarz. Wyd. 1. Warszawa 2013, Legalis*). W związku z powyższym byt gwarancji bankowej jest niezależny od stosunku podstawowego, jaki łączy beneficjenta z osobą, za którą gwarant gwarantuje. Jego zakres wyznaczony jest treścią dokumentu gwarancyjnego, który ma podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta. 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 udzielania gwarancji. Faktem jest, że 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. Gwarancję bankową można porównać do konstrukcji zobowiązania wekslowego, które ma również charakter abstrakcyjny, co oznacza, że obowiązek zapłaty sumy wekslowej jest niezależny od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia



zobowiązania wekslowego. Przekładając powyższe uwagi na realia niniejszej sprawy wskazać w konsekwencji należy, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Konieczność oceny prawidłowości wadium na podstawie złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom, dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który dla zamawiającego korzystnie lub nie zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium. Wobec powyższego gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna. Stanowisko takie zyskało akceptację w judykaturze. Przytoczyć zatem wypada dla przykładu wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2009 r. (*XII Ga 350/09, LEX 564638*), w którym podkreślono, że gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty, co jest wynikiem abstrakcyjnego zobowiązania wynikającego z gwarancji bankowej. Treść gwarancji bankowej powinna nie tylko obejmować wszystkie przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2013.poz.907 ze zm.), ale powinna też z punktu widzenia modelowo sporządzonej gwarancji bankowej, wskazywać wykonawcę a więc oba podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego. W literaturze w związku z określeniem w gwarancji jedynie jednego uczestnika konsorcjum wyrażono obawy czy wystawca gwarancji w przypadku zaistnienia konieczności zapłaty kwoty gwarancji nie będzie usiłował uniknąć płatności, wskazując na brak objęcia gwarancją działań innych wykonawców (zob. *Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 23. Wyd. 13. Warszawa 2015, Legalis*). Niemniej Sąd Okręgowy dostrzega potrzebę dopuszczenia pewnych odstępstw w tym zakresie i wobec tego wystarczające byłoby powołanie się w gwarancji na zwrot „konsorcjum”. Jednakowoż sporna gwarancja bankowa obejmuje jedynie firmę [REDAKTOWANE] bez oznaczenia, iż działa ona w ramach konsorcjum. Co więcej, w gwarancji bankowej wskazano, że złożono zamawiającemu „ofertę”, a nie wspólną ofertę, co mogłoby również sygnalizować fakt wystawienia gwarancji na konsorcjum. Istotnym zatem jest, że całokształt okoliczności związanych ze złożeniem oferty przesądzać musi o prawidłowości złożenia wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej na jednego z konsorcjantów. Podsumowując ten wątek, stwierdzić należy, że w treści gwarancji bankowej złożonej przez spółkę [REDAKTOWANE] nie tylko nie został wymieniony drugi członek konsorcjum - [REDAKTOWANE], ale nawet nie wskazano, że [REDAKTOWANE] składa ofertę w ramach Konsorcjum. Tym samym gwarant

może odmówić wypłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium w sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium dotyczyć będą [REDAKTOWANE] jako członka konsorcjum.

Ustosunkowując się w następnej kolejności do sporządzonego przez [REDAKTOWANE] pisma z dnia 17 marca 2015 r., w którym potwierdzono, że gwarancja wystawiona została w stosunku do konsorcjum składającego się z firm: [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] podkreślić z naciskiem należy, że prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości uzupełnienia wadium, w tym również dokumentów potwierdzających wniesienie wadium w formach, o których mowa w art. 45 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli treść poręczeń lub gwarancji, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 tej ustawy została zmieniona, dodatkowe dokumenty zawierające zmiany dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem wystawione aneksy powinny zostać złożone zamawiającemu wraz z dokumentem głównym, o ile sporządzone zostały przed upływem terminu składania ofert. Nie budzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej, nie zaś z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień banku - gwaranta. Zapatrywanie powyższe zostało zaakceptowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1180/10). Zaakcentować nadto trzeba, co zostało wyżej zasygnalizowane, że zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wymóg ten odnosi się też do pism uzupełniających, modyfikujących treść wadium. Wspomniane zaś pismo [REDAKTOWANE] z dnia 17 marca 2015 r. datowane jest po terminie składania ofert. Z ogłoszenia o zamówieniu wynika bowiem, że termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływa „1.12.2014 – 11:00”. Powyższe pismo zostało bez wątpienia zatem wniesione po upływie terminu składania ofert. W przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (art. 23 ust. 1) wadium może być wniesione przez każdego z tych wykonawców, jednak w dokumencie wadium powinno być wyraźnie wskazane, w imieniu jakich wykonawców wadium jest wnoszone. Brak wskazania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składających ofertę powoduje trudność w przypisaniu wadium do konkretnej oferty.

Ponadto przypomnieć należy, że gwarancja wadium została udzielona przez [REDAKTOWANE] w dniu 21 listopada 2014 r. (k.218), a umowa „konsorcjum, w tym ustanowienia lidera konsorcjum w postaci [REDAKTOWANE] zawarta została w dniu 12

grudnia 2014 r.(k. 220-221). Z kolei pełnomocnictwo w trybie art. 23 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało udzielone [REDAKTOWANE] w dniu 9 grudnia 2014 r. (k. 305). W ocenie Sądu Okręgowego, z dokonanych ustaleń jednoznacznie wynika, że gwarancja bankowa została udzielona wcześniej niż zawarta została umowa konsorcjum i wystawione zostało pełnomocnictwo dla lidera - spółki [REDAKTOWANE]. Nie ulega wątpliwości zatem, że wniesione wadium w formie gwarancji bankowej, datowanej na dzień 21 listopada 2014 r., nie może być uznane za wniesione przez podmiot składający ofertę, tj. konsorcjum. Gdyby pełnomocnictwo to zostało udzielone przed datą lub w dacie wystawienia gwarancji bankowej, można by w takiej sytuacji rozważać możliwość wysnucia z jego treści skutków prawnych dla obu firm, tj. uczestników konsorcjum, gdyż wadium ma na celu zabezpieczenie złożonej oferty przez danego wykonawcę. W tym zakresie powołać należy wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 17 stycznia 2006 r. (UZP/ZO/0-46/06, LEX nr 181732), w którym wyraźnie stwierdzono, że jeżeli jednak pełnomocnictwo do podpisania oferty, reprezentowania w postępowaniu i podpisania umowy w postępowaniu zostało udzielone już po wystawieniu gwarancji bankowej dla jednego z uczestników konsorcjum, wniesione wadium w formie gwarancji bankowej nie może być uznane za wniesione przez podmiot składający ofertę, tj. konsorcjum. Gdyby pełnomocnictwo to zostało udzielone przed datą lub w dacie wystawienia gwarancji bankowej, z treści jego można by wywieść skutki prawne dla obu firm, tj. uczestników konsorcjum.

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest, wbrew stanowisku Skarżącego, możliwości przypisania solidarnej odpowiedzialności uczestnikom konsorcjum na etapie postępowania przetargowego. Zgodnie z art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 tej ustawy, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dyspozycja art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych daje nieograniczone prawo żądania spełnienia świadczenia według własnego wyboru od któregośkolwiek z konsorcjantów w świetle idei konsorcjum, ale po zawarciu kontraktu. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, iż art. 23 ust. 1 tej ustawy daje wykonawcom możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, natomiast zasada odpowiedzialności solidarnej wykonawców dotyczy etapu realizacji kontraktu. Z treści przytoczonego przepisu *expressis verbis* wynika, że solidarna odpowiedzialność dotyczy jedynie wykonania umowy, a zatem etapu po zawarciu umowy o zamówienie publiczne. Podkreślić należy, że solidarna odpowiedzialność względem zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie. Nie można

zapominać również o art. 369 k.c., który stanowi, że zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Z ustawy wynika, tak jak to zostało wyżej wyjaśnione, odpowiedzialność solidarna za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedzialność taka nie wypływa również z czynności prawnej, ponieważ taką czynnością byłaby wyłącznie umowa o zamówienie publiczne. Podkreślenia zaś wymaga, że umowa konsorcjum reguluje jedynie stosunki *inter partes*, tj. między [REDAKTOR] – [REDAKTOR] sp. z o.o., a nie *erga omnes*, tj. w relacji uczestnicy konsorcjum – zamawiający. Oznacza to, że stosunek taki nie rodzi skutków prawnych wobec osób trzecich. Brak jest również podstaw do zastosowania art. 370 k.c., który stanowi, że jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Trudno bowiem mówić na etapie postępowania przetargowego o wspólnym mieniu.

Abstrahując od powyższych rozważań, pamiętać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Służy on wszakże określonym celom. Prawdą jest, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Niemniej jednak restrykcyjny charakter przepisów analizowanej ustawy wymaga od osób starających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu. Odnosi się to również do złożenia w poszczególnych formach wadium, w tym gwarancji bankowej. W ocenie Sądu Okręgowego nie można przedkładać *ratio legis* ustawy nad formalną i merytoryczną poprawnością wystawianego wadium. Nie miałyby bowiem wówczas żadnego znaczenia prawidłowość złożonych dokumentów w sytuacji gdy zamawiający uznałby ofertę za najkorzystniejszą. Powyższe prowadziło by zatem do niedających się zaakceptować wniosków z punktu widzenia zasady legalizmu. Zasada ta znalazła swoje odzwierciedlenie w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W związku z tym aby uznać, że oferta została wybrana w sposób prawidłowy złożenie wadium w formie gwarancji bankowej musi się odbywać *de lege artis*.

Reasumując przeprowadzone rozważania, skonstatować należy, że objęcie gwarancją bankową tylko jednego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia spowoduje, iż gwarant będzie miał możliwość uchylecia się od zapłaty sumy gwarancyjnej

w sytuacji gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, mimo braku wymogu w SIWZ, ale z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej, a także z uwagi na argumentację podniesioną wyżej, w ocenie Sądu Okręgowego, wadium wnoszone w postaci gwarancji bankowej winno w swej treści zawierać informację, że podmiotem zabezpieczającym zapłatę wadium jest konsorcjum, a nie wyłącznie lider konsorcjum. Oferta wspólna zatem nie została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Mając na uwadze całokształt powyższych okoliczności, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, na podstawie art. 198f ust. 2 *in principio* ustawy Prawo zamówień publicznych, Sąd Okręgowy oddalił skargę. O kosztach postępowania skargowego orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skarżący przegrał sprawę w całości, zatem należało zasądzić od niego na rzecz przeciwnika skargi [REDAKTED] w [REDAKTED] koszty postępowania skargowego.



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY  
za zgodność

Sekretarz

[Handwritten signature]