



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 października 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Tomasz Szczurowski (spr.)

Sędziowie: SO Anna Gałas

SO Andrzej Sobieszczęński

Protokolant: Prot. sąd. Rafał Artymiuk

po rozpoznaniu w dniu 14 października 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o zamówienie publiczne

ze skarg:

1) Konsorcjum: [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED]

2) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, 3) [REDACTED]
[REDACTED]

z udziałem Konsorcjum: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1251/15

I. zmienia zaskarżony wyrok:

- w punkcie 1 i oddala odwołanie;

- w punkcie 2 i zasądza od [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] na rzecz [REDACTED]
[REDACTED] kwotę 3.600,00 zł (trzy tysiące

sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym;

II. zasądza od [REDAKTOWANE] a [REDAKTOWANE] na rzecz [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] kwotę 101.217,00 zł (sto jeden tysięcy dwieście siedemnaście złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania, w tym kwotę 1.200,00 zł (tysiąc dwieście złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego;

III. zasądza od [REDAKTOWANE] a [REDAKTOWANE] na rzecz [REDAKTOWANE] kwotę 1.200,00 zł (tysiąc dwieście złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego;

IV. nie obciąża [REDAKTOWANE] opłatami sądowymi od skarg wniesionych przez [REDAKTOWANE] oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i przejmuje te koszty sądowe na rachunek Skarbu Państwa.

SSO Anna Galas

SSO Tomasz Szczurowski

SSO Andrzej Sobieszczęński



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
za zgodność

STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Anna Jędrzejczyk

UZASADNIENIE

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. – wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1251/15 po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [REDAKTION] i [REDAKTION] (dalej: [REDAKTION]) i [REDAKTION] (dalej: [REDAKTION]), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego [REDAKTION] przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] (dalej: [REDAKTION]) oraz [REDAKTION] (dalej: [REDAKTION]), zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 1251/15 po stronie zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie żądań odwołania tj. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] oraz [REDAKTION] z postępowania, z uwagi na zaniechanie zabezpieczenia przez tego wykonawcę oferty wadium i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] oraz [REDAKTION] z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa PZP”) z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert, w pozostałym zakresie żądania odwołania uznała je za niezasadne, zaś w punkcie drugim kosztami postępowania obciążyła [REDAKTION], i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [REDAKTION] tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od [REDAKTION] - [REDAKTION] na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

kwotę 23.600,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Wydając powyższe orzeczenie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania niesporne jest, że w gwarancji wadialnej załączonej do oferty przystępującego nie wymieniono jako wykonawcy ani nie oznaczono jako podmiotu działającego jako lider w imieniu własnym i partnera. Odwołujący nie kwestionował, że w pełnomocnictwie konsorcjalnym załączonym do wniosku przystępującego znajduje się oświadczenie, że ustanawia pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 90 z późn. zm.) Lidera Konsorcjum – do reprezentowania jako partnera Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo obejmowało umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności do:

- 1) podpisania i złożenia wniosku/oferty do zamawiającego w imieniu partnerów konsorcjum, jak również do podpisania wszelkich dokumentów i załączników składających się na wniosek/ofertę oraz poświadczenia „za zgodność z oryginałem” kopii wszelkich dokumentów załączonych do wniosku i oferty;
- 2) wniesienia całego wymaganego przez zamawiającego wadium,
- 3) zawarcia w imieniu partnera konsorcjum i konsorcjum umowy z zamawiającym w sprawie zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania,
- 4) składania w imieniu i na jego rzecz, jako partnera konsorcjum, oświadczeń określonych przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i innymi obowiązującymi przepisami prawa oraz wszelkich innych dokumentów i oświadczeń związanych z procedurą przetargową, parafowania dokumentacji, składania wniosków, zawiadomień i informacji,
- 5) wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.),
- 6) reprezentowania konsorcjum przed Krajową Izbą Odwoławczą, sądem polubownym, sądem powszechnym oraz innymi jednostkami organizacyjnymi w zależności od wymagań kontraktu,

- 7) otrzymywania instrukcji i zleceń od zamawiającego na rzecz oraz w imieniu wszystkich partnerów i każdego partnera z osobna,
- 8) reprezentowania partnerów wobec zamawiającego, inżyniera kontraktu, inspektorów nadzoru w ramach realizacji ww. zamówienia w tym m.in. do: przekazywania zamawiającemu wniosków i dokumentów podchodzących od partnera, dostarczania partnerowi dokumentacji pochodzącej od zamawiającego dotyczącej zakresu robót partnera, prowadzenia wszelkiej korespondencji z zamawiającym i inżynierem kontraktu,
- 9) przyjmowania wszelkich płatności dokonywanych przez zamawiającego na rzecz konsorcjum, na podstawie faktur wystawianych przez lidera za roboty wykonane w konsorcjum,
- 10) uzyskania w imieniu i na rzecz konsorcjum ubezpieczeń, zgodnie z wymaganiami kontraktu.

Udzielone pełnomocnictwo obejmowało prawo do udzielania przez Lidera Konsorcjum - [REDAKTION] dalszych pełnomocnictw, pracownikom przedsiębiorstwa [REDAKTION] oraz pełnomocnikom procesowym, z tym, że tak ustanowieni pełnomocnicy nie będą uprawnieni do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Pełnomocnictwo jest ważne na czas trwania postępowania przetargowego i jest nieodwołalne od momentu jego udzielenia do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lub w przypadku podpisania umowy z zamawiającym do ostatecznego zakończenia realizacji zadania.

Izba ustaliła, iż bezsporne jest, że umowa konsorcjum przedłożona przez przystępującego na rozprawie nie była znana zamawiającemu w dacie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej. Z § 4 ust. 5 tej umowy wynika, że wadium w imieniu konsorcjum zostanie wniesione przez pełnomocnika (lidera), a koszty pozyskania wadium zostaną pokryte przez partnerów konsorcjum. Z § 5 ust. 2 tejże umowy wynika, że przez cały okres trwania umowy wszyscy partnerzy konsorcjum są zobowiązani pozostać w konsorcjum, związani są postanowieniami umowy oraz ponoszą wobec zamawiającego solidarną odpowiedzialność za zaciągnięte na jej podstawie zobowiązania związane z realizacją kontraktu. Umowa ta jest zawarta w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia i realizacji kontraktu - § 1 ust. 1 umowy. W umowie brak postanowień dotyczących wnoszenia przez partnerów konsorcjum, wkładów czy udziałów, które powodowałyby powstanie wspólnego majątku konsorcjum.

Fakt, że w innym postępowaniu [REDAKTION] będąc w konsorcjum z innym niż [REDAKTION] podmiotem złożyło gwarancję bankową wadialną, która była przedmiotem wyjaśnień ze strony zamawiającego [REDAKTION] i że

ten zamawiający zaakceptował oświadczenie banku o zakresie jego odpowiedzialności wadialnej nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż sam ten fakt nie przesądza o zgodności z ustawą czynności tamtego zamawiającego.

Izba stwierdziła, że pomiędzy stronami w istocie toczy się spór nie co do faktów, ale co do prawa tj. czy dokument gwarancji wadialnej wystawiony przez bank wyłącznie na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne pozwala zamawiającemu na sztuczne zatrzymanie wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP.

Ponadto Izba ustaliła, że z protokołu Komisji Przetargowej z dnia 10 lutego 2015 r. wynika, że zamawiający analizował ceny złożonych ofert pod kątem tego czy budzą one jego wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Zamawiający zastosował trzy kryteria oceny cen ofertowych:

- kryterium arytmetyczne tj. odniesienie do ubruttowanej wartości szacunkowej zamówienia, przy czym jednocześnie zamawiający dokonał korekty wartości szacunkowej zamówienia z uwagi na czas jaki upłynął od momentu oszacowania wartości zamówienia do czasu otwarcia ofert (18-10.2013 r. – 28.01.2015 r.) oraz w związku ze zmianami, które w tym czasie zaszły w odniesieniu do cen czynników cenotwórczych ofert. Zamawiający opracował kalkulację uwzględniającą dynamikę tych zmian. Zamawiający przyjął kalkulację uwzględniającą dynamikę zmian cen opracowaną w styczniu 2015 r. tj. kwotę 349 041 246,76 zł brutto. Zamawiający przyjął jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert granicę 20% wartości stanowiącej punkt odniesienia. W jego ocenie oferty, w których cena ofertowa odbiega od tej wartości o więcej niż 20% mogą budzić wątpliwości co do sposobu ich kalkulacji przez wykonawców. Po dokonanej analizie w tym kryterium taką rozbieżność wykazała wyłącznie oferta Konsorcjum ██████████ r. Oferta przystępującego była niższa o 10,1%,

- drugim kryterium było kryterium średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w odniesieniu do danej oferty. Wartość ta wynosi 350 345 306,82 zł. Zamawiający przyjął jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert granicę 15% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zamawiający stwierdził, że poziom ten przekracza oferta Konsorcjum ██████████. Jej cena jest niższa od średniej ofert o 23,55%. Oferta przystępującego była niższa o 10,47%,

- ostatnim kryterium zastosowanym przez zamawiającego było kryterium podobieństwa – w którym punktem odniesienia jest średnia cena na 1 km budowy odcinka drogi o podobnych parametrach (charakterze i złożoności) na podstawie cen ofert wygrywających.

Zamawiający ustalił ceny za 1 kilometra budowy odcinka drogi na podstawie postępowań „zaprojektuj i buduj” z 2014 r. Zamawiający wskazał na 5 postępowań, które uznał za zbliżone charakterem i złożonością oraz obliczył na ich podstawie średnią cenę zadań w przeliczeniu na 1 km, która wyniosła 37 473 027,81 zł brutto. Zamawiający przyjął jako poziom odniesienia dla przedmiotowego badania dla wszystkich złożonych ofert granicę 10% od średniej ceny za 1 km zadań o podobnym charakterze i złożoności realizowanych przez ██████████. Zamawiający stwierdził, że poziom ten przekracza oferta Konsorcjum ██████████, której cena za 1 km jest niższa o 20,2% od średniej ceny za 1 km zadań o podobnym charakterze i złożoności. Oferta przystępującego była niższa o 6,6%.

Izba ustaliła, że Konsorcjum ██████████ było jednokrotnie w dniu 23 lutego 2015 r. wzywane przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy PZP. W wezwaniach tych zamawiający wskazywał nie tylko na potrzebę ustalenia, czy treść oferty spełnia wszystkie wymagania dokumentacji projektowej oraz SIWZ, ale także czy wykonawca ██████████ ujął wszystkie niezbędne koszty w prawidłowej wysokości. Zamawiający żądał przedstawienia szczegółowego wyjaśnienia w odniesieniu do wszystkich elementów wykazu płatności, jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, złożenia wyjaśnień, w tym szczegółowych kalkulacji cenowych lub wycień oraz przedstawienia dowodów, przy czym pytania do Konsorcjum ██████████ w dużej mierze wprost wskazują na konieczność wyjaśnienia cen z Wykazu Płatności tak np. do części A wykazu pytania nr 1, 2, 5, części B pytania nr 1, 2, 3, 4, 8, 11, 12, 13, 14, części C pytania nr 1, 22, 3, 7, 13, 15, 22, 24, 40, 41, 45, 46, 48, 50, 51, 52, 57, 59, 61, 62, 63, 64, 65. Pytania w części z tego wezwania są zbieżne z pytaniami zadanymi przystępującemu w dniach 13 maja 2015 r. i 27 maja 2015 r., natomiast w zapytaniach do przystępującego zamawiający wskazał wyraźnie tylko jedną podstawę prawną tj. art. 87 ust. 1 ustawy PZP (okoliczność bezsporna), nie żądał szczegółowej kalkulacji, ani załączania dowodów, a jedynie szczegółowej i wyczerpującej informacji w celu ustalenia stopnia gotowości przystępującego do realizacji kontraktu. Jedynie pytania 1 i 36 z dnia 13 maja 2015 r. skierowane do przystępującego wprost odnoszą się do wykazu płatności czy skalkulowanych kosztów, pozostałe pytania dotyczą zakresu projektowania, przewidywanych optymalizacji, pozyskiwania decyzji niezbędnych do sporządzenia dokumentacji projektowej oraz przewidywanych zmian w tej dokumentacji i związanej z nimi

konieczności uzyskiwania dokumentacji zamiennej oraz przyjętych rozwiązań technicznych i technologicznych, ilości obiektów, materiałów. W ocenie Izby fakt, że częściowo pytania do Konsorcjum [REDAKTOWANE] i Konsorcjum [REDAKTOWANE] są podobne, czy dotyczą podobnych obszarów zagadnień nie powoduje automatyzmu przy uznaniu, że skoro zamawiający wzywał Konsorcjum [REDAKTOWANE] do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, to również pytania skierowane do Konsorcjum [REDAKTOWANE] były w rzeczywistości pytaniami dotyczącymi elementów oferty, które mają wpływ na cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy PZP. Przeczą takiemu przyjęciu konsekwentne czynności zamawiającego oraz fakt, że w przypadku Konsorcjum [REDAKTOWANE] zamawiający nie tylko wyjaśniał cenę rażąco niską, ale także tak jak i u przystępującego kompletność oferty, stąd pytania mogły się pokrywać. W ocenie Izby zgromadzone materiały dowodowe pozwala ustalić, że wezwania do przystępującego z dnia 13 maja 2015 r. i 27 maja 2015 r. nie były wezwaniami w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP w treści wezwań, brak żądania przedstawienia szczegółowej kalkulacji, brak żądania przedstawienia dowodów, brak pouczenia o skutkach niezłożenia wyjaśnień oraz fakt, że tylko dwa pytania wprost odnosiły się do kalkulacji przez przystępującego kosztów oferty, a nie wiele jak w przypadku Konsorcjum [REDAKTOWANE] zapytań co do ceny i kosztów przyjętych w Wykazie Płatności. Tym samym Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że zamawiający nie powziął wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru ceny przystępującego, ani co do możliwości realizacji przez tego wykonawcę przedmiotowego zamówienia. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że zamawiający za ceny wątpliwe na potrzeby przedmiotowego postępowania uważał ceny znacznie mniej odbiegające od przyjętych kryteriów badania, niż wynika to wprost z dwóch obligatoryjnych podstaw zawartych w art. 90 ust. 1 ustawy PZP.

Izba ustaliła, że w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 21 maja 2015 r. przystępujący zawarł oświadczenie o tym, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r, Nr 154 poz. 1503 z późn. zm.) oraz przedstawił uzasadnienie przesłanek pozwalających na ich objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa. Analizując treść wyjaśnień w części dotyczącej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba stwierdziła, że przystępujący wskazał, że informacje mają charakter organizacyjny i posiadają wartość gospodarczą. Wskazał jakie informacje, które ujawnił w wyjaśnieniach mają charakter organizacyjny, a które wartość gospodarczą, a także wskazał jakie czynności podjął w celu zachowania ich poufności tak w ramach organizacji pracy u obu konsorcjantów jak i w kontaktach z dostawcami i podwykonawcami. Izba oceniając ten dowód uznała, że rzeczywiście informacje zawarte w wyjaśnieniach mają

charakter głównie organizacyjny i dotyczą wypracowanego przez przystępującego sposobu organizacji pracy swojego przedsiębiorstwa przy realizacji zamówienia typu „zaprojektuj i wybuduj”, przyjętych rozwiązaniach technicznych i technologicznych, optymalizacjach. Izba analizując treść zapytań zamawiającego, jak i złożonych wyjaśnień stwierdziła, że już z samych zapytań wynika, że poszczególni wykonawcy mogli założyć także czynności nie wynikające z treści SIWZ, ale z nią niesprzeczne sprzyjające optymalizacji kosztów czy sprawności przebiegu prac. Takie właśnie okoliczności wskazywał przystępujący przykładowo w wyjaśnieniach z dnia 21 maja 2015 r. udzielonych na pytania: 2, 5, 8, 9, 10, 14, 15, 17, 20, 22, 24, 26, 28, 29, 33, 37 i 40, przy czym w odpowiedziach na pytania 15 i 36 podano konkretne firmy, z których zamierza korzystać przystępujący oraz w wyjaśnieniach z dnia 1 czerwca 2015 r. udzielonych na pytania 1, 3, 4, 5, 6. W ocenie Izby rację ma zatem zamawiający i przystępujący, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter organizacyjny i wartość gospodarczą i dotyczą know-how przystępującego. Zachowano także dbałość o poufność informacji tak wobec innych wykonawców przez oświadczenie złożone zamawiającemu jak i przez organizację obiegu informacji w przedsiębiorstwach przystępującego jak i w stosunkach z dostawcami i podwykonawcami. Izba wprawdzie w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień znalazła cytaty z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego, które z racji ich jawności nie mogły podlegać skutecznemu zastrzeżeniu tajemnicy, ale fakt ich ujawnienia nie miałby wpływ na sytuację faktyczną odwołującego, w tym na realizację jego prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a także nie miałby żadnego wpływu na wynik niniejszego postępowania i z tego względu ewentualne stwierdzenie uchybienia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy PZP nie dawałoby odwołującemu korzyści w postaci uwzględnienia zarzutu z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy. Izba ustaliła, że po dniu 3 czerwca 2015 r. do przystępującego nie były kierowane dalsze wezwania w jakimkolwiek trybie, ani nie składał on samodzielnie dokumentów czy wyjaśnień.

Izba ustaliła, że odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność wykazania faktu, że zamawiający powinien podjąć wątpliwość co do realności ceny oferty, w sytuacji gdy odbiega ona o więcej niż 10% od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia lub o więcej niż 10% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność ustalenia faktu, że konkretne elementy przedmiotu zamówienia wynikające z SIWZ lub PFU nie zostały przez przystępującego wycenione.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie ma zastosowanie stan prawny obowiązujący na dzień 22 listopada 2013 r.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzut sformułowany w pkt VII ust. 1 odwołania, w którym odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum [REDAKTOWANE] choć złożona w ofercie tego wykonawcy gwarancja wadialna nie zabezpiecza oferty Konsorcjum [REDAKTOWANE] lecz ofertę [REDAKTOWANE] która to oferta w ogóle nie została w postępowaniu złożona.

Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, natomiast w myśl art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą w terminie o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy PZP albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na zawilość sprawy i występowanie w niej istotnego zagadnienia prawnego, tj. czy zamawiający może skutecznie zrealizować czynność zatrzymania wadium i skorzystać z jego kompensacyjnego charakteru w sytuacji, gdy wadium wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne w formie gwarancji bankowej, w której jako wykonawcę, który składa ofertę u zamawiającego wskazano tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W przedmiotowym stanie faktycznym nie wskazano w treści gwarancji bankowej, także przy podanym wykonawcy, że działa on jako lider – pełnomocnik, a więc w imieniu własnym i na rzecz innego podmiotu. Wykonawca wskazany w gwarancji, zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym był zobowiązany do wniesienia całości wadium zamawiającemu. W orzecznictwie i doktrynie istnieje rozbieżność co do oceny takiego stanu prawnego na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP. Część orzecznictwa i doktryny uważa, że opisany stan faktyczny kwalifikuje się jako wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, gdyż z art. 23 ust 3 ustawy PZP wynika, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a zatem nadmiernym formalizmem jest oczekiwanie, że każdorazowo w dokumencie gwarancyjnym będą wskazani wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie. Ponadto na podstawie art. 14 ustawy PZP wskazywany jest art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. dotyczący solidarnej odpowiedzialności

podmiotów zaciągających zobowiązanie dotyczące wspólnego mienia, a także art. 860 i nast. k.c. dotyczące odpowiedzialności wspólników spółki cywilnej. Dodatkowo jako argument podawany jest przepis art. 141 ustawy PZP dotyczący solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia przy realizacji zamówienia.

Drugi, odmienny pogląd, wskazuje na abstrakcyjny charakter gwarancji i jego oderwanie od stosunku podstawowego, jakim jest wniosek zlecciodawcy gwarancji, a także na to, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie nie tworzą bytu mającego odrębną osobowość prawną, lecz działają w celu realizacji określonego przedsięwzięcia i najczęściej nie wnoszą wkładów czy udziałów w celu powstania wspólnego mienia rodzącego odpowiedzialność solidarną. Przepisy ustaw PZP normują stosunki pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, a nie pomiędzy zamawiającym, a podmiotami trzecimi, a takim podmiotem trzecim jest bank gwarant, stąd przepis art. 23 ust. 3 ustawy PZP nie ma skutku dla banku jako wystawcy gwarancji. Przepis art. 141 ustawy PZP także nie reguluje kwestii solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na etapie przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, stąd nie może kreować solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców za wniesienie wadium.

Izba wyraziła w uzasadnieniu wyroku przedmiotowej sprawy przekonanie, że prawidłowa interpretacja prawa przyjęta jest w drugim z zaprezentowanych poglądów, co spowodowało uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP. Izba wskazała, iż art. 45 ust. 6 ustawy PZP określa dopuszczalne formy wadium, a wszystkie te formy powinny w jednakowy sposób zaspokajać roszczenia zamawiającego wynikające z art. 46 ust. 6 ustawy PZP, a każda forma wniesienia wadium musi być tak samo łatwo egzekwowalna jak gotówka. W ocenie Izby nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co do występujących podmiotów i charakteru w jakim występują, oraz wysokości, w jakiej ma miejsce odpowiedzialność. Izba wskazała, iż ustawa PZP reguluje stosunki pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, natomiast nie reguluje stosunków wykonawca – bank czy zamawiający – bank. Z tego względu zdaniem Izby błędne jest wskazywanie jako uzasadnienia dla dopuszczalności składania gwarancji wadialnej wystawionej wyłącznie na jednego członka konsorcjum przepisów art. 23 ust. 3 czy art. 141 ustawy PZP. Tym samym dla oceny możliwości dochodzenia przez zamawiającego roszczeń z gwarancji bankowej należy brać pod uwagę przepisy innych ustaw.

Zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. 1997 Nr 140 poz. 939 z późn. zm – (dalej: ustawa „Prawo bankowe”) – gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku gwaranta, że po spełnieniu przed podmiot uprawniony

(beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenia pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio lub za pośrednictwem innego banku. Przepis ten wskazuje na podobieństwa z instytucją przekazu uregulowaną na gruncie art. 921¹ i nast. k.c., zgodnie z którym kto przekazuje komuś (odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego) upoważnia tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia, a przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek przekazującego. Zgodnie z § 2 art. 921² k.c. przekazany w przypadku przyjęcia przekazu przez odbiorcę przekazu może powoływać się tylko na zarzuty wynikające z treści przekazu oraz na zarzuty, które przysługują mu osobiście względem odbiorcy.

Izba wskazała, iż beneficjent gwarancji jest zatem odbiorcą przekazu, zaś bank gwarant przekazany. Oznacza to, że bank gwarant może podnosić wobec zamawiającego zarzuty z treści przekazu, a w tym związane z warunkami zapłaty. W ocenie Izby na warunki zapłaty składa się także wskazanie za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP bank gwarant odpowiada. Niejednoznaczne określenie zatem podmiotu za który bank odpowiada może być podstawą zarzutów banku wobec beneficjenta gwarancji wynikających z treści gwarancji. Izba uważa, że bank gwarant może skutecznie uchylać się od zapłaty sumy wadium podnosząc, że odpowiadał tylko za zachowania [REDAKTOWANE] a nie odpowiadał za zachowania Konsorcjum [REDAKTOWANE]. W tej sytuacji wybrana forma nie zapewniałaby tak skutecznej funkcji gwarancyjnej jak pieniądź. Stąd przyjęcie, że została wniesiona gwarancja przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy dokument gwarancji jest wystawiony tylko na jednego wykonawcę, nie zapewnia realizacji celu wadium. Tym samym Izba uznała, że taki dokument nie jest wniesieniem wadium, zaś wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie wnieśli wadium przed upływem terminu do składania ofert.

Zdaniem Izby dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia stan świadomości banku gwaranta, co do tego jacy wykonawcy wspólnie składają ofertę, o ile nie został on odzwierciedlony w treści gwarancji w warunkach zapłaty, albo co najmniej był wiadomy zamawiającemu w dacie składania ofert. Zamawiający bowiem nie mają wiedzy o tym, na jakich warunkach bank zobowiązał się świadczyć na jego rzecz, nie może podejmować ryzyka odmowy zapłaty wadium. Według Izby nie ma znaczenia oświadczenie banku z dnia 22 czerwca 2015 r., gdyż z treści pełnomocnictwa konsorcjalnego oraz umowy nie wynika, że lider miał uzyskać wadium, a jedynie miał je wnieść zamawiającemu.

Izba w konsekwencji uznała, że odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP i art. 24 ust. 2 pkt ustawy PZP i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła również zarzut sformułowany w pkt VII pkt 7 odwołania – naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP oraz art. 91 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący zarzucił w nim błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie uprawniony jest do dokonania wyboru oferty Konsorcjum [REDAKTOWANE] pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Jako uzasadnienie uwzględnienia powyższego zarzutu Izba wskazała, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś ust. 3 tegoż przepisu nakazuje zamawiającemu udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Norma ta koresponduje z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z ogłoszeniem i SIWZ zamawiający miał wybrać ofertę spośród ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu. Izba rozważając zarzuty poprzedzające stwierdziła, że zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania przystępującego, zatem ocenił oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy PZP i art. 7 ust. 1 stawy PZP. W tym stanie rzeczy Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15 został zaskarżony przez: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum w składzie [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] oraz przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie.

██████████ skardze z dnia 15 lipca 2015 r. zaskarżył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w części uwzględniające odwołanie i nakazującej zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie powtórzenia badania i ocen ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: ██████████ oraz ██████████ z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt ustawy PZP z uwagi na niewniesienie wadium do upływu składania ofert oraz w części obciążenia ██████████ kosztami postępowania.

██████████ wyrokowi zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 2 ustawy PZP poprzez błędne zastosowanie i uznanie, iż Konsorcjum ██████████ podlega wykluczeniu z postępowania pomimo, iż prawidłowo wniosło wadium po złożeniu ofert, a zamawiający nie określił w SIWZ szczególnych zasad wnoszenia wadium w postaci gwarancji oraz wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w części nakazującej zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie powtórzenia badania i oceny ofert w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum ██████████) z postępowania o udzielenie z zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP z uwagi na niewniesienie wadium do upływu składania ofert oraz w części obciążenia ██████████ kosztami postępowania poprzez oddalenie odwołania w tej części, a także zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Skarżący ██████████ wskazał, iż wykonawca Konsorcjum ██████████ w postępowaniu złożyło ofertę i załączyło do niej wadium w formie gwarancji przetargowej nr ██████████ wystawionej przez ██████████ a ██████████, dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „██████████ w ciągu drogi krajowej nr 79 długości ok. 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 długości ok. 3,9 km”. Gwarancja została wystawiona na zlecenie ██████████. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączone zostało pełnomocnictwo, zgodnie z którym ██████████ ustanowione zostało pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy PZP, uprawnionym do reprezentowania Konsorcjum ██████████ jak również, Partnera Konsorcjum ██████████ tj. ██████████. Skarżący podniósł, iż pełnomocnictwo upoważnia m.in. do podpisania i złożenia w imieniu wykonawców wniosku/oferty w postępowaniu oraz wszelkich dokumentów i załączników do wniosków/ofert, wniesienia całego wymaganego przez zamawiającego wadium, składania w

toku postępowania wszelkich innych oświadczeń i dokumentów związanych z procedurą, zawarcia w imieniu wykonawców umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skarżący [REDAKTOR] na poparcie stanowiska przywołał przepisy ustawy PZP wraz z interpretacją oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej m.in. z dnia 25 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 969/15), z dnia 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 336/15), z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1501/14), z dnia 9 lutego 2012 r. (sygn. akt 150/12), a także orzeczenia sądów powszechnych. Wskazał zarazem, iż wadium zostało wniesione przez Konsorcjum [REDAKTOR] w dopuszczalnej prawem formie i w wymaganej przez zamawiającego kwocie, a wszystkie wymagania gwarancji wadialnej zostały spełnione.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1251/15 został zaskarżony również przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum w składzie [REDAKTOR], wspólnie z Planeta sp. z o.o. (Konsorcjum [REDAKTOR] skargą z dnia 16 lipca 2015 r. Konsorcjum [REDAKTOR] zaskarżyło wyrok w części, w jakiej Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie.

W skardze tej wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1251/15 zarzucono:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 81 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP przez błędną wykładnię tych przepisów i przyjęcie, iż oświadczenia woli gwaranta z gwarancji bankowej nie podlega wykładni, przez co nie da się jej wyjaśniać przez oświadczenie gwaranta z dnia 22 czerwca 2015 r., gdy tymczasem w oświadczeniu tym bank-gwarant wyraźnie stwierdził, iż przedmiotowa gwarancja obejmuje zabezpieczenie zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP w stosunku do całego konsorcjum, w tym do Partnera Konsorcjum [REDAKTOR],
2. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, w zw. z art. 45 ustawy PZP, w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że oferta złożona przez skarżącego z dnia 28 stycznia 2015 r. podlegała odrzuceniu w związku z wadliwością przedstawionej przez [REDAKTOR] bankowej gwarancji wadialnej nr [REDAKTOR] z dnia 27 stycznia 2015 r. wystawionej przez [REDAKTOR] gdy tymczasem właściwa ocena tej gwarancji winna prowadzić do wniosku, iż była ona poprawna i spełniała funkcje wadium niezależnie od tego, wobec którego z wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ziściły się warunki do takiego zatrzymania;

3. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, w zw. z art. 45 ustawy PZP i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy PZP, w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy PZP i art. 370 k.c., i art. 864 k.c., i art. 921¹ i nast. k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że oferta złożona przez skarżącego z dnia 28 stycznia 2015 r. podlegała odrzuceniu w związku z wadliwością przedstawionej przez [REDAKTION] bankowej gwarancji wadialnej nr [REDAKTION] dnia 27 stycznia 2015 r., wystawionej przez [REDAKTION], gdy tymczasem właściwa ocena tej gwarancji winna prowadzić do wniosku, iż była ona poprawna i spełniała funkcje wadium, bowiem w związku z zawarciem między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego umowy w konsorcjum, ich odpowiedzialność wobec zamawiającego kształtuje się jako solidarna także na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a przez to możliwe było zatrzymanie wadium niezależnie od tego, wobec którego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ziściły się warunki do takiego zatrzymania.

W oparciu o powyższe zarzuty Konsorcjum [REDAKTION] wniosło o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego [REDAKTION] w całości, ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby przed wydaniem wyroku w niniejszej sprawie doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na realizację zadania [REDAKTION] [REDAKTION] „50 „H... 2014””, Konsorcjum [REDAKTION] wniosło o: zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie – po myśli art. 198f ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy PZP – naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP poprzez: wykluczenie skarżącego z postępowania i odrzucenie jego oferty, zaniechanie wyboru oferty Skarżącego jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania [REDAKTION] [REDAKTION] „50 „H... 2014”” oraz niezawarcie umowy w sprawie wskazanego zamówienia publicznego ze skarżącym oraz o zasądzenie od strony przeciwnej na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego, według norm przepisanych.

Skarżące Konsorcjum [REDAKTOWANE] w uzasadnieniu skargi wskazało, że Lider zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2014 r. jest umocowany do wniesienia całego wymaganego przez zamawiającego wadium, zamawiający był w posiadaniu dokumentu pełnomocnictwa w dacie otwarcia ofert, a gwarancja wadialna spełniała wymogi ustawy PZP odnoszące się do charakteru wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej gwarancji wadialnej, jak również w sposób zgodny z przepisami ustawy PZP określała sytuacje, w których gwarant byłby uprawniony do żądania wypłaty sumy gwarancyjnej.

Konsorcjum [REDAKTOWANE] wskazało na fakt złożenia oświadczenia w dniu 22 czerwca 2015r. przez [REDAKTOWANE], w którym to Bank potwierdził, że przedmiotowa gwarancja obejmuje zabezpieczenie zamawiającego w stosunku do całego Konsorcjum, w tym do [REDAKTOWANE] – partnera Konsorcjum. Skarżący zarzucił Izbie, iż przy wydawaniu zaskarżonego orzeczenia oparła się na założeniu, iż nie da się prowadzić wykładni dokumentu gwarancji i ograniczyć się należy do tego, co zostało w niej samej stwierdzone, a tymczasem do gwarancji bankowych należy stosować art. 65 § 1 k.c. Na poparcie stanowiska powołał także wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. z dnia 25 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 826/08) oraz wyroki Sądu Najwyższego, m.in. z dnia 21 listopada 1997 r. (sygn. akt I CKN 825/97), z dnia 25 czerwca 1999 r. (sygn. akt I CKN 402/98). Skarżący przywołał również uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca (III CZP 66/95) i poglądy doktryny, zgodnie z którymi tekst dokumentu nie stanowi wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń woli składanych indywidualnie oznaczonym osobom i dopuszczalny jest dowód ze świadków lub z przesłuchania stron, jeżeli jest to potrzebne do wykładni niejasnych oświadczeń woli stron zawartych w dokumencie. Zdaniem skarżącego sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierają to oświadczenie jest w niniejszej sprawie tożsamy.

Skarżący wskazał, iż w judykaturze i nauce prawa cywilnego utrwalony jest pogląd, iż pod względem kwalifikacji prawnej umowa konsorcjum została zrównana z umową spółki cywilnej, z którą wykazuje wiele cech wspólnych, a art. 141 ustawy PZP stanowi, że za wszelkie zobowiązania, jakie zaciągają konsorcjanci, ponoszą członkowie konsorcjum – w tym także za zobowiązania związane z prawem zamawiającego do zatrzymania wadium. Konsorcjum [REDAKTOWANE] podniosło również, iż skutki postępowania któregośkolwiek członka konsorcjum, prowadzące do zatrzymania wadium, rozciągają się na wszystkich członków konsorcjum. Skarżący przywołał także m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 336/15), w którym Izba stwierdziła, iż przepisy ustawy PZP nie

wymagają, aby wadium było wnoszone w szczególny sposób, w tym aby było wnoszone przez wszystkich konsorcjantów. Dodatkowo zaznaczył, że konstrukcja prawna konsorcjum zbliżona jest do tej, która występuje w przypadku odpowiedzialności za działania i zaniechania osób trzecich (art. 474 k.c.).

Skarżący odwołał się także do powszechnej praktyki, zgodnie z którą w większości przypadków umowa konsorcjum i pełnomocnictwa udzielane liderowi konsorcjum przez partnerów konsorcjum kształtują obowiązki w ten sposób, że czynności związane z przygotowaniem i złożeniem oferty, w tym wniesieniem wadium, spoczywają na liderze konsorcjum.

Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1251/15 zostało zaskarżone również przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy PZP w części uwzględniającej odwołanie. Prezes UZP wyrokowi temu zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, mających istotny wpływ na jego wynik, tj.:
- art. 190 ust. 7 ustawy PZP polegające na wybiórczej niepełnej ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, przejawiające się uznaniem, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] nie została zabezpieczona wadium i ww. wykonawcy nie wnieśli wadium, mimo że wszechstronna ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, zwłaszcza dokumentu pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2014 r., gwarancji wadialnej nr [REDAKTION] z dnia 27 stycznia 2015 r., a także oświadczenia [REDAKTION] z dnia 22 czerwca 2015 r. [REDAKTION], winna prowadzić do wniosku, że oferta ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego została zabezpieczona wadium, a tym samym nie podlegają oni wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zarzucono:

2. naruszenie prawa materialnego, tj.
- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe poprzez błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, iż brak wskazania w treści gwarancji bankowej wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium oraz oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, co skutkuje wykluczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie wynika wymóg wskazania w treści takiej gwarancji wszystkich członków konsorcjum;

- 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 najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: ██████████ wybrał ofertę złożoną z 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.

Prezes UZP wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: ██████████, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy PZP, nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 kpc).

Prezes UZP uznał za niezasadne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku, w świetle którego gwarancja bankowa, w której treści wskazano wyłącznie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewnia skutecznej funkcji gwarancyjnej i realizacji celu wadium, a twierdzenia takiego nie sposób wywieść na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, z przepisów ustawy PZP, jak również innych przepisów prawa obowiązującego. Jego zdaniem błędny jest pogląd, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający winien był wykluczyć z postępowania Konsorcjum ██████████. Prezes UZP podniósł podobne argumenty jak dwaj pozostali skarżący. Wskazał na przepisy przewidujące reprezentację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przez jednego uczestnika (art. 23 ust. 2 ustawy PZP), stosowanie przepisów dotyczących wykonawcy odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 3 ustawy PZP), solidarną odpowiedzialność członków (art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. w zw. z art. 14 ustawy PZP) oraz na fakt, iż ██████████ w dokumencie z dnia 22 czerwca 2015 r. potwierdził, że gwarancja wadialna obejmuje zabezpieczenie roszczeń ██████████ w stosunku do całego konsorcjum, stąd nieuzasadnione jest w jego ocenie stanowisko Izby, iż na podstawie przedmiotowej gwarancji

wadialnej [REDACTED] może skutecznie uchylać się od zapłaty sumy wadium.

Skarżący Prezes UZP wskazał zarazem na niedopuszczalność stosowania wykładni rozszerzającej, a przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle, gdyż zamykają one wykonawcy drogę do uzyskania zamówienia publicznego oraz zwrócił uwagę na fakt, że nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, lecz ma na celu realizację zasad wynikających z ustawy PZP, a głównym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie.

Konsorcjum wykonawców [REDACTED] (dalej: „przeciwnik skargi”) złożyło pisma będące odpowiedziami na trzy skargi wniesione w przedmiotowej sprawie: odpowiedź z dnia 31 lipca 2015 r. na skargę Konsorcjum [REDACTED] odpowiedź z dnia 31 lipca 2015 r. na skargę [REDACTED] oraz odpowiedź z dnia 20 sierpnia 2015 r. na skargę Prezesa UZP.

W piśmie z dnia 31 lipca 2015 r. będącym odpowiedzią na skargę złożoną przez [REDACTED] [REDACTED], przeciwnik skargi wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego. Podniósł zarazem m.in., iż dokument gwarancji bankowej ma charakter formalny i zobowiązanie z niej wynikające nie może wykraczać poza treść określoną w tym dokumencie. Zgodnie z treścią gwarancji wykonawcą składającym ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłącznie [REDACTED]. Przeciwnik skargi stanął na stanowisku, że pełnomocnictwo rozstrzyga jedynie o zakresie umocowania lidera konsorcjum, a nie może przesądzać o zakresie zobowiązania wynikającego z gwarancji i nie jest możliwe wprowadzenie do treści gwarancji bankowej dodatkowych elementów wprost z treści gwarancji niewynikających. Ponadto jego zdaniem przepis art. 23 ust. 1 ustawy PZP powoływany przez skarżącego powinien być interpretowany odmiennie, gdyż w związku z odpowiednim stosowaniem przepisów ustawy obowiązek wniesienia wadium odnosi się do wszystkich podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, wadium musi zabezpieczać ich ofertę w stosunku do każdego z wykonawców, występujących wspólnie. Zwrócił uwagę, iż każde odstępstwo od treści gwarancji bankowej skutkuje możliwością uchylecia się gwaranta od realizacji zobowiązania wynikającego z gwarancji, a tym samym pociąga to za sobą brak prawidłowego zabezpieczenia oferty wykonawców poprzez wadium.

Pismem z dnia 31 lipca 2015 r. przeciwnik skargi złożył odpowiedź na skargę Konsorcjum [REDAKTOWANE] wnosząc o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego. Wskazał m.in., iż oświadczenie złożone przez [REDAKTOWANE] z dnia 22 czerwca 2015 r. nie mogło być brane pod uwagę przez Krajową Izbę Odwoławczą, gdyż na etapie badania i oceny ofert nie było ono dostępne zamawiającemu, zatem nie stanowiło podstawy oceny i badania oferty Konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym przedmiocie, stojąc na stanowisku, iż w związku z formalizmem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ocena uchybień zamawiającego może być dokonana jedynie w oparciu o okoliczności faktyczne w jakich zamawiający dokonał oceny i badania ofert. Nadmieniał również, iż gwarant w chwili wystawienia gwarancji znajdował się w błędzie co do treści czynności prawnej, a zatem na podstawie art. 84 § 1 k.c. mógłby się od takiego błędu uchylić, a z treści gwarancji nigdzie nie wynika, by istniało jakiegokolwiek konsorcjum, ani by podmiot, na którego była wystawiona gwarancja [REDAKTOWANE] działał jako lider konsorcjum. W pozostałym zakresie przeciwnik skargi odwołał się do stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na skargę wniesioną przez [REDAKTOWANE].

Pismem z dnia 20 sierpnia 2015 r. przeciwnik skargi złożył odpowiedź na skargę Prezesa UZP, wnosząc o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Wskazał m.in., iż w jego rozumieniu zgodnie z art. 23 ustawy PZP w przypadku uchybień dokonanych przez jednego członka konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, inny członek konsorcjum nie ponosi za nie odpowiedzialności, a artykuł ten nie ma zastosowania do banku, jako wystawcy gwarancji, oraz że solidarna odpowiedzialność wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego nie rozciąga się na inne czynności w toku postępowania, w tym nie dotyczy obowiązku wniesienia wadium. Na potwierdzenie argumentacji przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej. Podkreślił, iż wadliwość złożonej gwarancji wadialnej wynika z braku jakiegokolwiek wzmianki o istnieniu konsorcjum, a bez znaczenia jest treść pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2014 r., gdyż niedopuszczalne jest powoływanie się na dokumenty zewnętrzne.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skargi zasługiwały na uwzględnienie, choć nie wszystkie wywodzone w nich zarzuty były trafne.

Zgodnie z treścią art. 198a ust. 1 w zw. z art. 198b ust. 1 ustawy PZP na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu okręgowego. W przedmiotowym postępowaniu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 01 lipca 2015 r. zostały wniesione trzy skargi – skarga zamawiającego, wspólna skarga [REDAKTION] oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wszystkie te skargi zaskarżały wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej części, tzn. uwzględniającej odwołanie, przy czym skarga zamawiającego także w zakresie kosztów postępowania.

Przystępując do analizy wniesionych skarg i podnoszonych w niej zarzutów na wstępie należy zaznaczyć, iż przedmiotem postępowania toczącego się na skutek wniesionych od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skarg była ocena, czy wadium w formie gwarancji bankowej, które wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na [REDAKTION], a którego dokument gwarancji bankowej został wystawiony na jednego tylko z wykonawców, bez wskazania w treści gwarancji, iż działa w imieniu Konsorcjum zostało złożone w sposób prawidłowy, tzn. czy nastąpiło zgodnie z wymogami ustawy PZP, w szczególności art. 45 ustawy PZP, a w konsekwencji czy nie zachodziła unormowana w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP podstawa do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, a ostatecznie do nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty.

Zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy PZP wadium może być w szczególności wniesione w postaci gwarancji bankowych, z którą to sytuacją mieliśmy do czynienia w przypadku wadium wniesionego przez [REDAKTION], które to podmioty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działały w konsorcjum, co jest dopuszczalne po myśli art. 23 ust. 1 ustawy PZP. Z jednej strony okolicznością bezsporną jest, iż wadialna gwarancja bankowa została udzielona przez [REDAKTION] na zlecenie jedynie [REDAKTION] i jedynie ten podmiot w rzeczonyj gwarancji został oznaczony jako wykonawca. Z drugiej jednak strony nie budzi żadnych wątpliwości fakt, iż [REDAKTION] była liderem konsorcjum, a zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem była upoważniona w szczególności do wniesienia całego wymaganego przez zamawiającego wadium. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, iż w ocenie Sądu Okręgowego z powyższego zastrzeżenia nie sposób wyprowadzić wniosku, iż [REDAKTION] nie była umocowana

do pozyskania wadium, a jedynie do faktycznego jego wniesienia (przyniesienia) do zamawiającego. Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż zarzuty kwestionujące umocowanie [REDAKTOR] do uzyskania gwarancji wadialnej są o tyle niezrozumiałe, że przecież gwarancja ta została uzyskana na podstawie umowy wiążącej [REDAKTOR] oraz [REDAKTOR]. Jak wskazano [REDAKTOR] nie powoływał się na działanie w imieniu [REDAKTOR]. Kwestia więc jego umocowania do działania w tym zakresie w imieniu współkonsorcjanta nie ma żadnego znaczenia, albowiem [REDAKTOR] z umocowania tego i tak nie korzystał. Niemniej dla porządku należy zaznaczyć, iż ograniczenie umocowania [REDAKTOR] jedynie do faktycznego przyniesienia gwarancji, bez umocowania do jej uzyskania, w praktyce zlecenia bankowi udzielenia gwarancji jest niezgodne z zasadami logicznego prawniczego myślenia i w ocenie Sądu Okręgowego nie znajduje odzwierciedlenia w przedłożonym pełnomocnictwie. Przede wszystkim należy bowiem zaznaczyć, iż zgodnie z art. 95 § 1,2 k.c. pełnomocnictwo umocowuje właśnie do dokonania czynności prawnej (a nie faktycznej) ze skutkami bezpośrednio dla reprezentowanego. Ponadto trzeba przypomnieć, iż zgodnie z treścią pełnomocnictwa obejmuje ono umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym w przedmiotowym przypadku czynnością tą było również uzyskanie gwarancji wadialnej.

Rozpatrując jednak zasadniczą kwestię dla rozstrzygnięcia przedmiotowych skarg, tzn. dopuszczalność wniesienia jako wadium gwarancji bankowej w której z firmy jako wykonawcę wymieniono jedynie [REDAKTOR] Krajowa Izba Odwoławcza trafnie wskazała, że w orzecznictwie i doktrynie funkcjonują w tym zakresie dwa odmiennie poglądy. Jeden z nich, ostatecznie przyjęty przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku zakłada, iż w gwarancja bankowa musi być wystawiona na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a więc w przypadku, gdy o zamówienie ubiegają się podmioty, które zawarły ze sobą umowę tzw. konsorcjum, w treści gwarancji musi znaleźć się wzmianka o wszystkich podmiotach bądź o reprezentacji jednego podmiotu przez drugi, gdyż w przeciwnym razie powoduje to brak należytego zabezpieczenia oferty, a w konsekwencji niezłożenie wadium zgodnie z wymogami art. 45 ustawy PZP. Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła w tym kontekście, iż w przypadku gwarancji bankowej wystawionej tylko na jeden podmiot (jednego z konsorcjantów) bank może skutecznie uchylać się od zapłaty sumy zabezpieczenia, gdy umowa zostanie niezawarta

wskutek działań lub zaniechań podmiotu niewskazanego w dokumencie gwarancji. Niemniej Sąd Okręgowy w niniejszym składzie nie podziela dokonanej w tym zakresie przez Krajową Izbę Odwoławczą oceny prawnej. Zdaniem Sądu Okręgowego należy przyjąć, iż drugi z poglądów wyrażanych w orzecznictwie i doktrynie, a zgodnie z którym gwarancja bankowa wystawiona na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (jednego z konsorcjantów), będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem i uprawnionego do działania w imieniu i na rzecz współwykonawcy, nawet bez wyraźnego wskazania w treści gwarancji bankowej faktu istnienia konsorcjum i wielości wykonawców składających razem ofertę, spełnia wymogi ustawowe i nie stanowi powodu, dla którego należałoby uznać za nieskuteczne wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przekonaniu Sądu Okręgowego za takim stanowiskiem przemawia szereg argumentów prawnych, które przez Krajową Izbę Odwoławczą zostały pominięte, a w konsekwencji doprowadziły ją do błędnych wniosków.

Przechodząc do przedstawienia argumentów przemawiających za stanowiskiem Sądu Okręgowego należy zaznaczyć, iż ustawa PZP nie zawiera definicji wadium. Pojęcie to jest zdefiniowane w art. 70⁴ § 1 k.c., zgodnie z którym w warunkach aukcji lub przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Jedną z form wniesienia wadium, jaką przewiduje ustawa PZP, jest forma gwarancji bankowej (art. 45 ust. 6 pkt 3). Ustawa PZP nie stawia szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji bankowej. Wymagania odnośnie wnoszonego wadium muszą być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 pkt 8 ustawy PZP). Informacja na temat wadium musi znaleźć się także w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 8 ustawy PZP). W powyższym kontekście Sąd w pełni podziela stanowisko zawarte m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 7 sierpnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-950/07, iż przepisy ustawy PZP nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, jednakże pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu zapisy SIWZ. Bezspornym jest jednocześnie, iż w przedmiotowym przypadku specyfikacja istotnych warunków zamówienia dopuszczała wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej nie wprowadzała w tym przypadku obowiązku wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej w której wszyscy konsorcjanci byłiby wymienieni jako wykonawcy. Zamawiający mógł wskazać w

SIWZ, że w przypadku wnoszenia wadium w postaci gwarancji bankowych bądź ubezpieczeniowych w treści gwarancji powinny znajdować się wszystkie podmioty działające wspólnie, co w przypadku podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia związanych umową konsorcjum oznaczałoby konieczność wymienienia ich wszystkich. Takiej wzmianki jednak w przedmiotowym przypadku nie było. Ostatecznie wadium zostało wniesione w wymaganej w SIWZ wysokości (zamawiający [redacted] ustanowił wadium w kwocie 3.500.000,00 zł) oraz w określonym terminie, tzn. przed upływem składania ofert, w postaci gwarancji bankowej udzielonej na zlecenie [redacted] i brak jest podstaw do przyjęcia, że w ten sposób nie doszło do skutecznego wniesienia wadium, a wobec tego Krajowa Izba Odwoławcza dochodząc do odmiennych wniosków w rzeczywistości naruszyła art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, albowiem błędnie przyjęła, że nie doszło w przedmiotowej sprawie do skutecznego wniesienia wadium, co powinno w jej ocenie skutkować wyłączeniem Konsorcjum [redacted] z postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro bowiem SIWZ nie wymagała wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej o określonej treści, to przedmiotowa gwarancja bankowa nie może być uznana za sprzeczną z SIWZ, a wobec tego doszło do skutecznego wniesienia wadium. Należy jedynie zaznaczyć, iż pogląd o dopuszczalności wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej w której treści wymieniony jest jedynie jeden z uczestników konsorcjum jest dość powszechnie akceptowany w najnowszej literaturze prawniczej dotyczącej rozważanej problematyki (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 133; M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 25, K. Muchowska-Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis).

Jednocześnie w ocenie Sądu Okręgowego nie sposób podzielić poglądu prawnego Krajowej Izby Odwoławczej jakoby przedmiotowa gwarancja zabezpieczała interesy zamawiającego w gorszym stopniu niż wadium w gotówce. W tym kontekście trzeba przyznać rację Krajowej Izby Odwoławczej, iż wadium wniesione w innej postaci niż gotówka powinno być tak samo łatwo ściągalne przez zamawiającego w razie ziszczenia się warunków zatrzymania wadium jak w przypadku gdyby zostało uiszczone w gotówce. Z powyższego trafnego założenia Krajowa Izba Odwoławcza wyprowadziła jednak w ocenie Sądu Okręgowego błędny wniosek jakoby przedmiotowa gwarancja wadialna zabezpieczała interes zamawiającego w gorszym stopniu niż wadium w gotówce. Analizując powyższy aspekt trzeba przede wszystkim wskazać co zabezpiecza wadium. Kwestia ta uregulowana

jest w art. 46 ust. 4a ustawy PZP zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej, jak również w art. 46 ust. 5 ustawy PZP w myśl którego zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Niemniej należy przypomnieć, iż w przedmiotowym postępowaniu jako wykonawca w gwarancji został wskazany lider konsorcjum, któremu udzielono jednocześnie pełnomocnictwa o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy PZP. Pamiętając o zakresie pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum należy wskazać, iż to on w świetle art. 23 ust. 2 ustawy PZP był umocowany do odbierania od zamawiającego wszelkich wezwań o których mowa w art. 26 ust. 3, jak również to on był umocowany do zawarcia umowy w razie wyboru oferty Konsorcjum [REDAKTION]. W powyższym więc kontekście należy zaznaczyć, iż niezłożenie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, jak również niepodpisanie umowy lub nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub niezawarcie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy obciążałoby bezpośrednio [REDAKTION] o. i to niezależnie od tego o oświadczenia, czy informacje którego podmiotu należącego do konsorcjum by one dotyczyły. W sytuacji bowiem niewykonania przez Lidera Konsorcjum wezwań lub nie przystąpienia przez niego do zawarcia umowy zamawiający miałoby prawo złożyć oświadczenie o niewykonania przez [REDAKTION] obowiązków, których uchybienie rodziło możliwość uzyskania, płatności z gwarancji wadialnej. Błędnie więc Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w takim przypadku mogłaby zachodzić trudność w zrealizowaniu gwarancji.

Niezależnie od przytoczonych powyżej argumentów Krajowa Izba Odwoławcza pominęła jeden aspekt prawny. Otóż zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców. Z powyższego sformułowania wyprowadza się trafny wniosek, zgodnie z którym art. 23 ust. 3 ustawy 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. Wynika on przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w PZP wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie spółnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl.). Powyższe zaś oznacza, że w razie wezwania pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do przedłożenia określonych oświadczeń, dokumentów, informacji, czy wreszcie zawarcia umowy obowiązek ten obciąża wszystkich uczestników konsorcjum, a wobec tego niewykonanie tych obowiązków przez któregokolwiek uczestnika, zwłaszcza lidera konsorcjum oznacza niewykonanie tych obowiązków przez wszystkich uczestników konsorcjum, co otwiera drogę do zatrzymania przez zamawiającego wadium niezależnie od tego, kto w gwarancji wadium został wymieniony jako wykonawca (tak też: M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 25). W doktrynie trafnie wskazuje się, iż odmienna wykładnia jest sprzeczna z istotą umowy konsorcjum, które tworzone jest właśnie po to, by korzystać również z zasobów współkonsorcjanta. W związku z tym dopuszcza się choćby składanie dokumentów z których będzie wynikać, że konsorcjanci wspólnie spełniają warunki wynikające choćby z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy PZP (tak: P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2014, s. 232; J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 132; K. Horubski, T. Kocowski, Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 1, s. 41; A. Chrzęszcz, Konsorcjum w zamówieniach publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2013, nr 7, s. 44, K. Gałczyńska-Lisik, Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 10, s. 44). W wyniku bowiem wniesienia do wspólnej oferty wadium przez jednego z uczestników konsorcjum 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 literaturze trafnie podnosi się, iż w sytuacji w której umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum (tak też SO w Częstochowie z 7.9. 2005 r., VI Ca 527/05; wyr. KIO z 29.9.2009 r., KIO/UZP 1998/11, 2029/11, J. May, Dochodzenie roszczeń przez uczestników konsorcjum, Prawo Zamówień Publicznych 2015, nr 2, s. 76; A. Chrzęszcz, Konsorcjum w zamówieniach publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2013, nr 7, s. 47, K. Gałczyńska-Lisik, Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 10, s. 45, M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 26). Należy bowiem zaznaczyć, iż zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy PZP zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co w świetle art. 23 ust. 3 ustawy PZP oznacza możliwość zawarcia umowy jedynie ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum uczestniczącymi w postępowaniu (tak: J. Pioróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 134).

Niezależnie od powyższego należy zaznaczyć, iż przedmiotowa gwarancja wadialna także z tego względu w sposób skuteczny zabezpieczała interesy zamawiającego, albowiem odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się na zasadach solidarności dłużników. Zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W zakresie zabezpieczonego przez wadium obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną ustanawia art. 141 ustawy PZP. Niemniej powyższe nie oznacza, iż w pozostałym zakresie zabezpieczonym przez wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów nie jest solidarna, albo przynajmniej ukształtowana na wzór odpowiedzialności solidarnej. Zdaniem Sądu Okręgowego całkowicie bezpodstawny jest pogląd opierający się na rozumowaniu a contrario, iż w zakresie wykraczającym poza art. 141 ustawy PZP brak jest podstaw do przyjmowania solidarności współkonsorcjantów. W doktrynie odpowiedzialność tę wywodzi się z różnych źródeł. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują, iż solidarna odpowiedzialność współkonsorcjantów za konsekwencje uchylenia się od zawarcia umowy jest objęta treścią

zobowiązania związanego ze złożeniem oferty (tak: S. Włodyka, M. Spyra, w: System prawa handlowego. Tom 5. Prawo umów handlowych, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 621; D. Szczepański, Jeszcze o konsorcjum, Zamówienia Publiczne Doradca 2008, nr 5, s. 41) lub ową solidarność wywodzą z mocy czynności prawnej pomiędzy wykonawcami występującymi wspólnie, którzy przy wniesieniu wadium mają wiedzę jaki jest jego cel i godzą się (w drodze porozumienia) na ryzyko jego utraty w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn po stronie któregośkolwiek z nich (K. Muchowska- Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis). Inni wskazują, iż w wyniku złożenia wspólnej oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do zaciągnięcia zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. (tak też: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 134; M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 26; a także: Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06). W ocenie Sądu Okręgowego solidarność tę należy przede wszystkim wyprowadzić z art. 370 k.c. Zgodnie z tym przepisem jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Należy zaś zaznaczyć, iż pojęcie mienia zostało zdefiniowanej w art. 44 k.c. przez które rozumie się własność i inne prawa majątkowe. Zgodnie zaś z art. 139 ust. 1 ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - 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. Ponieważ w przedmiotowym przypadku ważność umowy, zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy PZP, zależy od formy pisemnej, toteż ma zastosowanie art. 70³ § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 70² § 3 k.c. Powyższe z kolei oznacza, że najpóźniej z chwilą wyboru oferty powstaje po stronie konsorcjantów prawo podmiotowe (wierzytelność), którego treścią jest zawarcie umowy. Prawo to ma charakter majątkowy, i jak już podnoszono w oparciu o art. 23, ust. 3 ustawy PZP przysługuje ono łącznie wszystkim uczestnikom konsorcjum, a wobec tego stanowi ich wspólne mienie w rozumieniu art. 44 k.c. Prawu temu towarzyszy jednocześnie zobowiązanie do zawarcia umowy z zamawiającym. Ostatecznie więc zobowiązanie to dotyczy wspólnego mienia konsorcjantów i także z tego względu w ocenie Sądu Okręgowego

zasadnym jest przyjęcie solidarnej odpowiedzialności współkonsorcjantów za zawarcie umowy, co tym bardziej potwierdza wniosek, że gwarancja wadialna z wymienieniem tylko jednego uczestnika konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpieczała interesy zamawiającego.

Wreszcie zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP wszelkie obowiązki, których niewykonanie może spowodować powstanie po stronie zamawiającego prawa zatrzymania wadium spoczywają łącznie na wszystkich podmiotach wchodzących w skład konsorcjum, a w szczególności na podstawie art. 70³ § 3 zd. 2 k.c. w zw. z art. 70² § 3 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy PZP w razie wyboru oferty konsorcjum łącznie obciąża obowiązek zawarcia umowy. Zwłaszcza w tym ostatnim kontekście należy zaznaczyć, iż wybór oferty złożonej przez konsorcjum zobowiązuje zamawiającego do zawarcia umowy ze wszystkimi uczestnikami konsorcjum łącznie i nie jest dopuszczalnym zawarcie umowy jedynie z niektórymi jego uczestnikami, np. w sytuacji gdyby po wyborze oferty konsorcjum doszło do zerwania umowy konsorcjum przez któregokolwiek z jego uczestników. W ocenie Sądu Okręgowego w tych okolicznościach i uwarunkowaniach prawnych nie budzi wątpliwości, iż świadczenia obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy mają charakter świadczenia niepodzielnego. W tym natomiast zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 k.c. zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. Przyjmując powyższy tok rozumowania również należy stwierdzić, iż odpowiedzialność konsorcjum za wykonanie świadczeń, których uchybienie może spowodować zatrzymanie wadium odbywa się na zasadach właściwych dla solidarności dłużników. Powyższe zaś również będzie oznaczać, iż każdy z dłużników uznawanych za odpowiadających jak dłużnik solidarny może wykonać zobowiązanie ze skutkiem dla współdłużników. Jeżeli więc jeden z uczestników konsorcjum nie wykonuje świadczenia, może być ono spełnione przez innego uczestnika, w tym zwłaszcza przez lidera konsorcjum. Niespełnienie zaś świadczenia przez któregokolwiek z uczestników konsorcjum, bez względu na przyczynę zaniechania, będzie oznaczać niewykonanie go przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna, a więc 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. W ocenie Sądu Okręgowego także więc z tych względów nie sposób przyjąć, że przedstawiona w niniejszej sprawie przez Konsorcjum

gwarancja wadialna w sposób nieprawidłowy zabezpieczała interesy zamawiającego.

Poza tym należy wskazać, że instytucja gwarancji bankowej jest uregulowana w ustawie Prawo bankowe w art. 81, zgodnie z którym 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. Zgodnie z art. 84 tejże ustawy do gwarancji bankowych i poręczeń udzielanych przez bank stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym.

Przyjmuje się, że gwarancja bankowa ma charakter abstrakcyjny, tzn. jest oderwana od umowy łączącej zamawiającego z wykonawcą (stosunku podstawowego), co wskazuje na samodzielny charakter odpowiedzialności gwaranta i konieczności wypłaty w momencie zgłoszenia żądania. Ustawa Prawo bankowe nie przewiduje materialnoprawnych warunków zapłaty. Gwarancja wystawiona na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia ma charakter bezwarunkowy i nieodwołalny. Wskazano w niej ponadto, iż wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie zamawiającego po złożeniu pisemnego oświadczenia przez zamawiającego o treści wskazanej w dokumencie gwarancyjnym (k. 170). Już z literalnej treści przepisów ustawy Prawo bankowe oraz treści gwarancji wynika, że wypłata kwoty wskazanej w gwarancji nie jest uzależniona od podjęcia przez bank czynności sprawdzających, lecz od złożenia oświadczenia przez zamawiającego. Zamawiający nie musi w żaden sposób wykazywać roszczenia. Na abstrakcyjny charakter ukształtowanej w ten sposób gwarancji bankowego zwraca się uwagę w orzecznictwie, np. wyrok Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2014 r. IV CSK 683/13, niepubl. Takie stanowiska są również prezentowane w doktrynie, która podkreśla, iż „Gwarancja na pierwsze żądanie sprowadza się do tego, że bank-gwarant powinien dokonać wypłaty sumy gwarancyjnej niezwłocznie po wystąpieniu z takim roszczeniem przez beneficjenta gwarancji, który nabywa uprawnienia do żądania wypłaty dopiero w momencie niezrealizowania zobowiązania w ramach stosunku podstawowego. Uprawnienie beneficjenta gwarancji „na pierwsze żądanie” realizuje się w żądaniu zapłaty sumy gwarancyjnej ze wskazaniem, że okoliczność uprawniająca do takiego żądania wystąpiła, bez konieczności realizacji dodatkowych przesłanek, jak np. przedłożenia określonych dokumentów bądź przeprowadzenia innych

dowodów. Funkcja gwarancji "na pierwsze żądanie" polega na w miarę szybkim dostarczeniu beneficjentowi środków pieniężnych" (cyt. komentarz do art. 81, [w:] Z. Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz*, LEX 2013), oraz „Szczególne praktyczne znaczenie uzyskały gwarancje zawierające klauzulę "na pierwsze żądanie". Pomimo powszechności ich stosowania w doktrynie prawa bankowego występują znaczne rozbieżności co do znaczenia, jakie należy przypisać omawianej klauzuli. Przeważa pogląd, zgodnie z którym powoduje ona, że gwarant zobowiązany jest do świadczenia już z momentem przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty sumy gwarancyjnej, bez prawa do oceny stosunku podstawowego (tak I. Heropolitańska (w:) B. Andrzejuk, I. Heropolitańska, *Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe*, Warszawa 2013, s. 99; M. Król, *Charakter prawny, rodzaje i funkcje gwarancji bankowych*, *Prawo Spółek* 1997, nr 4, s. 38). Niekiedy nawet twierdzi się, że oznacza ona zobowiązanie do zapłaty bez względu na to, czy nastąpił zabezpieczony rezultat (G. Tracz (w:) S. Włodyka (red.), *Prawo...*, s. 216)." (cyt. komentarz do art. 81, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I i II*, Zakamycze 2005, LEX). Wskazać należy także na uchwałę Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów mającą moc zasady prawnej z dnia 16 kwietnia 1993 r. (sygn. akt III CZP 16/93), zgodnie z którą umowa gwarancji bankowej opatrzone klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” jest umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzone powyższymi klauzulami kreuje – odmiennie od innych rodzajów gwarancji – abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym – nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. W ocenie Sądu Okręgowego powyżej zdefiniowany charakter gwarancji bankowej również skutkuje tym, iż w sposób należyty zabezpiecza ona interesy zamawiającego na wypadek, gdyby zrealizowały się podstawy zatrzymania wadium. Bank-gwarant nie będzie mógł w szczególności powołać się na fakt, iż winę za niewykonanie obowiązków przez ██████████ ponosi inny uczestnik konsorcjum, a nawet nie będzie miał podstawy do badania prawdziwości oświadczenia zamawiającego. Zwąwszy bowiem na charakter wnoszonego wadium wpłata nastąpi automatycznie po złożeniu oświadczenia o którym mowa w dokumencie gwarancji. Podkreślenia w tym miejscu jeszcze wymaga fakt, że w treści gwarancji prawidłowo została wskazana nazwa postępowania o udzielenie zamówienia, do którego przystępuje ██████████

Z tych więc względów zasadne okazały się ponoszone w skargach zarzuty dotyczące naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 7 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 2, 45 i 46a ust. 4a i 5 art. 23 ust. 3 ustawy PZP, jak również art. 370 k.c. i art. 81 ustawy Prawa bankowego. W wyniku bowiem wyżej omówionej błędnej interpretacji powyższych przepisów, braku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą charakteru wspólnego uczestnictwa kilku podmiotów w postępowaniu o zamówienie publiczne, istoty pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum, jak również charakteru gwarancji bankowej błędnie przyjęto, że przedmiotowa gwarancja bankowa w sposób nieprawidłowy zabezpiecza interesy zamawiającego. W konsekwencji ma również rację skarżący – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, iż Krajowa Izba Odwoławcza błędnie zastosowała art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, przyjmując iż w sposób nieprawidłowy dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, albowiem w przekonaniu Krajowej Izby Odwoławczej podmiot składający tę ofertę powinien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. W ocenie Sądu Okręgowego nie ziszcili się bowiem zdefiniowane w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP podstawy do wykluczenia Konsorcjum [REDAKTOWANE] z udziału w przedmiotowym postępowaniu, albowiem niezasadne byłoby przyjęcie, że wadium wniesione przez zamawiającego nie zostało wniesione. W przekonaniu Sądu Okręgowego wadium wniesione w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum [REDAKTOWANE] było w postaci dopuszczalnej zarówno przez SIWZ, jak również przepisy prawa, zaś dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą subsumpcja stanu faktycznego pod normę prawną była nieprawidłowa.

Na marginesie należy wskazać, iż ocena, czy bank (gwarant) jako uczestnik obrotu cywilnoprawnego w praktyce wykona ciężące na nim zobowiązanie wynikające z gwarancji daleko wykracza poza ramy niniejszego postępowania, ponieważ nigdy nie będzie możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenie o potencjalnym zachowaniu banku. Niemniej jednak zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy PZP przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zdaniem Sądu powoduje to, iż niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia.

Oddzielnie natomiast należy odnieść się do zarzutu naruszenia przepisu art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 81 ustawy Prawo bankowe i w zw. z art. 46 ust. 3a i 5 ustawy PZP. Skarżący zarzucił błędną wykładnię przepisów poprzez przyjęcie, że oświadczenie woli gwaranta z

gwarancji bankowej nie podlega wykładni i nie da się jej wyjaśniać przez oświadczenie gwaranta z dnia 22 czerwca 2015 r. Zarzut ten jest nietrafiony. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że rację trzeba przyznać skarżącemu, który powołuje się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i stanowiska przedstawicieli doktryny, w części dotyczącej tego, że oświadczenie woli banku podlega wykładni. Wynika to wprost z regulacji art. 84 ustawy Prawo bankowe. Niemniej należy zaznaczyć, iż okolicznością bezsporną, zwłaszcza w postępowaniu sądowym jest, iż w gwarancji jako wykonawca został wskazany jedynie [REDAKTOWANE] a nie [REDAKTOWANE]. Dowodzenie, iż pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć również inne podmioty byłoby ponad osnowę przedmiotowego dokumentu. Odrębnym jednak zagadnieniem jest ocena, czy zamawiający mógł posiłkować się treścią oświadczenia banku z dnia 22 czerwca 2015 r. w procesie badania ofert. Podzielić należy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 marca 2012 r., sygn. akt KIO 62/15, zgodnie z którym charakter gwarancji wynika z jej treści, a nie z dodatkowych, nadto złożonych po terminie składania ofert, oświadczeń jej wystawcy. Ponadto zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 3 ustawy PZP wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wobec powyższego, wszelkie wyjaśnienia treści gwarancji złożone po tym terminie, w tym oświadczenia i dokumenty złożone przez odwołującego na rozprawie, nie mogą odnieść skutku. Okoliczności wniesienia wadium nie podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP ani w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP (tak: M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s. 45). Wobec tego charakter gwarancji należy oceniać według dnia z chwili składania ofert. Niemożność odniesienia się do złożonego po terminie składania ofert oświadczenia banku dotyczącego gwarancji wadialnej, a więc nieuwzględnienie przez Sąd zarzutu naruszenia art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 81 ustawy Prawo bankowe i w zw. z art. 46 ust. 3a i 5 ustawy PZP nie powoduje jednak uznania przez Sąd przedmiotowej gwarancji wadialnej za wniesioną wadliwie, co zostało omówione we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia.

Trzeba jeszcze wskazać, iż dla powyższych wniosków nie ma żadnego znaczenia powoływany wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15, albowiem zapadł on w odmiennym od niniejszego stanie faktycznym.

Należy natomiast wskazać, iż pogląd prawny wyrażony przez Sąd w niniejszej sprawie został również przyjęty w wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie IV Ca 357/15.

Ostatecznie należało podzielić co do zasady stanowisko skarżących, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie nakazującym zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: [REDAKTION] i [REDAKTION] został wydany z naruszeniem wyżej wskazanych przepisów prawa, a przez to jest niezasadny, co na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy PZP musiało skutkować jego zmianą i oddaleniem odwołania, o czym orzeczono w punkcie pierwszym wyroku. Powyższe rodziło jednocześnie konieczność zmiany rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zgodnie bowiem z art. 198f ust. 5 ustawy 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. Rozstrzygając w pierwszej kolejności o kosztach postępowania związanego z rozpoznaniem odwołania należy zaznaczyć, iż postępowanie to zostało ostatecznie przegrane przez odwołującego [REDAKTION] oraz [REDAKTION] co czyniło zasadnym obciążenie tych podmiotów pełnymi kosztami tego postępowania. W związku z tym zmieniono punkt drugi zaskarżonego wyroku i zasądzono do [REDAKTION] oraz [REDAKTION] na rzecz [REDAKTION] kwotę 3600 zł stanowiącą zwrot kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym. Wysokość tych kosztów ustalono na podstawie § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238).

W punkcie II, III wyroku rozstrzygnięto natomiast o kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skarg z uwzględnieniem art. 198f ust. 5 ustawy PZP. Na tej podstawie w pkt II zasądzono od [REDAKTION] oraz [REDAKTION] na rzecz [REDAKTION] oraz [REDAKTION] kwotę 101.217,00 zł, na którą składa się opłata od skargi wniesionej przez [REDAKTION] oraz [REDAKTION] oraz koszty zastępstwa prawnego w kwocie 1200 zł i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł. Należy zaznaczyć, iż ustalając wysokość kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu wywołanym na skutek skargi Sąd zastosował § 10 pkt 4 rozporządzenia 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 ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2013, poz. 490). Trzeba bowiem zaznaczyć,

iż przepisy prawa nie regulują stawki wynagrodzenia pełnomocnika strony w postępowaniu sądowym wywołanym wniesieniem skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest tu w szczególności podstaw do stosowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, albowiem nie dotyczy ono postępowania sądowego. Wobec powyższego należało przyjąć stawkę właściwą dla postępowania zbliżonego charakterem do przedmiotowego, a mianowicie związanego ze skargą na orzeczenie sądu polubownego. W pkt III wyroku zasądzone natomiast tak samo ustalone koszty zastępstwa prawnego w postępowaniu sądowym poniesione przez [REDAKTOWANE] zasądzone je od [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE].

O kosztach poniesionych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak również opłaty od skargi [REDAKTOWANE] orzeczono w punkcie IV wyroku na podstawie art. 198f ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 198a ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z 102 k.p.c.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

SSO Anna Gałas

SSO Tomasz Szczurowski

SSO Andrzej Sobieszkański



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
za zgodność

Sekretarz
STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Anna Jędrzejczyk