

Sygn. akt IV Ca 357/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lipca 2015r.

Sąd Okręgowy w S. IV Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie następującym :

Przewodniczący: SSO Andrzej Jastrzębski

Sędziowie SO: Dariusz Dumanowski, Mariusz Struski (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Zadrożna

po rozpoznaniu w dniu 17 lipca 2015 r., w S.

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum Spółek: Miejskie Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w C.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 813/15

przy udziale:

zamawiającego Gminy M. L. oraz przeciwnika skargi (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 (pierwszym ) ( (...)) poprzez wyeliminowanie z jego treści zapisu o nakazaniu zamawiającemu –Gminie M. L. wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm : Miejskie Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w C. i w tej części oddała dodatkowo odwołanie (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015r.;

II. zasądza od (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz Konsorcjum firm : Miejskie Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w C. kwotę (...) ) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt IV Ca 357/15

## UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 5 marca 2015r. KIO 813/15 na podstawie art. 24ust 2 punkt 2 oraz art. 24 ust. 2 punkt 4 Prawo zamówień publicznych uwzględniła odwołanie (...) Sp. z o.o. z/s w P. i nakazała Zamawiającemu Gminie M. L. (i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm : Miejskie Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w L. oraz (...) S.A. z siedzibą w C. jako oferty najkorzystniejszej; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. z/s w P.; ( (...)) wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm : Miejskie Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w L. oraz (...) S.A. z siedzibą w C. (v) powtórzenie

czynności oceny i badania ofert., w punkcie (...) w pozostałym zakresie oddalono odwołanie , w punktach (...) orzeczono o kosztach.

Na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej skargę do Sądu Okręgowego złożyło Konsorcjum firm : Miejskie Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w L. oraz (...) S.A. z siedzibą w C.. Konsorcjum firm zaskarżając wyrok w części dotyczącej punktu 1 ( (...)) i podnosząc zarzuty:

1. obraży prawa materialnego, polegającą na naruszeniu art. 24 ust. 2 punkt 2 prawa zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie, polegające na przyjęciu, Konsorcjum nie wniosło wadium w terminie do składania ofert,
2. naruszenia art. 65 §1 i § 2 k.c. w zw. z art. 14 prawa zamówień publicznych przez jego niezastosowanie,

stwierdził, że w konsekwencji (...) dokonała wadliwej oceny wniesienia wadium i nakazania jego wyeliminowania. W konkluzji powyższego skarżący wniósł o zmianę w części zaskarżonego wyroku poprzez stwierdzenie braku obowiązku wykluczenia Konsorcjum oraz zasądzenie od przeciwnika skargi zwrotu kosztów postępowania.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym pełnomocnik (...) Sp. z o.o. z/s w P. wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej min. z tej przyczyny, że po stronie skarżącego brak jest konsorcjum firm skoro zamówienie złożyła jedna firma Miejskie Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w L. oraz prawidłowo zakwestionowano wniesienie wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej jednej firmie nadto o zwrot kosztów postępowania.

#### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Sąd Okręgowy rozstrzygając skargę od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2015r. KIO 813/135, zgodnie z art. 198f ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013r., poz. 907 ze zm., zwanej dalej (...)) miał do wykonania określone zadanie. Zgodnie z tym przepisem, Sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Przepisy art. 192-195 stosuje się odpowiednio. Przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się.

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

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zarzutów, które odnosiły się do zakwestionowania rozstrzygnięcia zarzutów samej skargi należało w pierwszym rzędzie odnieść się do stanowiska przeciwnika skargi (...) Sp. z o.o. z/s w P., który na rozprawie przed Sądem Okręgowym w S. w odpowiedzi na skargę żądając jej oddalenia i zasądzenia zwrotu kosztów postępowania kwestionował możliwość zakwalifikowania skarżącego jako podmiotu stanowiącego Konsorcjum wykonawców (...). W ocenie (...) Sp. z o.o. z/s w P. oferta została złożona wyłącznie przez Miejskie Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w L., i ta okoliczność powinna determinować rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

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

Powyższe oznacza, że stanowisko (...) Sp. z o.o. z/s w P. prezentowane przed Sądem Okręgowym nie mogło odnieść żadnego skutku. Tak jak nie można było już rozszerzyć żądania skargi ani występować z nowymi zarzutami ( art. 383

k.p.c. ), tak nie sposób było prowadzić postępowania w części prawomocnie zakończony wyrokiem (...) w sprawie KIO 813/15 w sytuacji, gdy (...) Sp. z o.o. z/s w P. sama nie wniosła skargi ( art. 384 k.p.c. ). Podkreślenia wymaga, że wątpliwość do której odwoływał się przeciwnik skargi tj. (...) Sp. z o.o. z/s w P. była przedmiotem oceny merytorycznej przeprowadzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 813/15. Na skutek odwołania wywiezionego przez (...) Sp. z o.o. z/s w P. (...) w dniu 5 maja 2015r. wydała orzeczenie i co ważne w tej części rozstrzygnięcie nie zostało zaskarżone. Uważna lektura dokumentacji zebranej w sprawie KIO 813/15 , z której dopuszczono dowód przed Sądem Okręgowym S. wskazuje, że wątpliwość podnoszona przez (...) Sp. z o.o. z/s w P. była przedmiotem jej skargi w ramach zarzutu (...) ( naruszenie zasad nieuczciwej konkurencji i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy PZP, zarzutu (...) ( niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez (...)) oraz zarzutu (...) ( brak posiadania przez konsorcjum (...) warunków do udziału w przetargu). (...) prowadząc postępowanie w tej kwestii dociekała ewentualnej skuteczności tych zarzutów. (...) ustaliła jednak fakty wskazujące na wezwanie przez Zamawiającego do złożenia przez M.wyjaśnień i dokumentów w kwestii potwierdzenia jaki podmiot złożył ofertę w postępowaniu i złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i oceniając te ustalenia przeprowadził samodzielnie analizę prawną zarzutów nr (...) Pogłębiona analiza doprowadziła (...) do oceny negatywnej tej części odwołania (...) Sp. z o.o. z/s w P. czemu dano wyraz w punkcie(...) wyroku z dnia 5 maja 2015r. KIO 813/15 oraz w uzasadnieniu orzeczenia. Zarzuty zostały uznane za bezzasadne i wyrok w tej kwestii nie został zaskarżony. Powyższe oznaczają, że nie ma podstaw prawnych do ponownego kwestionowania tych ustaleń i rozważań na skutek skargi wywiezionej przez M. od innej części wyroku (...) ( art. 384 k.p.c.). Sąd Okręgowy pozostaje związany tymi ustaleniami i bez potrzeby ich powtarzania czyni je podstawą własnego rozstrzygnięcia ( art. 382 k.p.c. ).

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

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

Konkludując, skoro Zamawiający nie zakazał w (...) żadnych szczegółowych warunków dla wniesienia wadium przez zamawiającego występującego w formie Konsorcjum firm to uznając zatem za uzasadnione zarzuty skargi, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony w części wyrok przez wyeliminowanie zapisu o nakazaniu zamawiającemu wykluczenie z postępowania skarżących wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i w tej części oddalił dodatkowo odwołanie.

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