

Sygn. akt XXIII GCo 61/15

## POSTANOWIENIE

Dnia 24 lipca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Alicja Dziekańska

Sędziowie: SO Paweł Kieta

SO Wiktor Piber

po rozpoznaniu w dniu 24 lipca 2015 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.**

oraz **(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

z udziałem zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych**

**i Autostrad w W.**

o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

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

w przedmiocie wniosku o udzielenie zabezpieczenia

### **postanawia:**

zakazać zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w W., do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego wywołanego wniesieniem skargi, wykluczenia Przedsiębiorstwa Usług (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. w W. z postępowania przetargowego oraz zakazać zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w W., do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego wywołanego wniesieniem skargi, odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. w W. złożonej w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia na realizację zadania pn.: „projekt i budowa drogi obwodnicy G. w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 3,9 km” bądź alternatywnie, gdyby doszło już do wykluczenia (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. w W. z postępowania przetargowego i odrzucenia ich oferty - zakazać zawarcia przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego wywołanego wniesieniem skargi, umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi obwodnicy G. w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 3,9 km”.

Sygn. akt XXIII GCo 61/15

## UZASADNIENIE

Wnioskiem z dnia 16 lipca 2015 r. uprawnieni Przedsiębiorstwo Usług (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. wnieśli o udzielenie im zabezpieczenia roszczenia niepieniężnego będącego przedmiotem postępowania wywołanego wniesieniem skargi na

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1251/15 poprzez:

1) zakazanie zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego wywołanego wniesieniem skargi, wykluczenia Przedsiębiorstwa Usług (...)

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. z postępowania przetargowego oraz zakazanie zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego wywołanego wniesieniem skargi, odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. i

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. złożonej w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia na realizację zadania pn.: „projekt i budowa drogi obwodnicy G. w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 3,9 km”,

bądź, alternatywnie, tj. gdyby doszło już do wykluczenia Uprawnionych z postępowania przetargowego i odrzucenia ich oferty, poprzez:

2) ustanowienie zakazu zawarcia przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego wywołanego wniesieniem skargi, umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi obwodnicy G. w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 3,9 km”.

W uzasadnieniu wniosku uprawnieni wskazali, że Obowiązany - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad prowadził za pośrednictwem swego oddziału w W. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: „Projekt i budowa drogi obwodnicy G. w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 3,9 km.” Uprawnieni, jako

wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne, o których mowa w art. 23 ust.

1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, złożyli ofertę w powyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta uprawnionych została podpisana przez przedstawicieli firmy Przedsiębiorstwo Usług (...) sp. z o.o., która na mocy umowy konsorcjum z dnia 10 stycznia 2014 r. i pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2014 r. załączonego do oferty uprawnionych ustanowiona została pełnomocnikiem uprawnionych - Liderem utworzonego przez nich konsorcjum. Oferta uprawnionych została zabezpieczona wadium w postaci gwarancji bankowej nr (...) ustanowionej przez Bank (...) S.A. w dniu 27 stycznia 2015 r. Zgodnie z treścią § 4 ust. 5 Umowy konsorcjum, wadium w imieniu uprawnionych (konsorcjum) wniósł (...) sp. z o.o. Oferta złożona przez Uprawnionych została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza, o czym Obowiązany poinformował wykonawców drogą elektroniczną w dniu 3 czerwca 2015 r.

Od wyboru oferty odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia - konsorcjum (...) S.A. w S. oraz (...) sp. z o.o. w P., zarzucając Obowiązanemu między innymi zaniechanie należytego badania i oceny oferty Uprawnionych, w tym zaniechanie wykluczenia Uprawnionych z postępowania z uwagi na niezabezpieczenie ich oferty wadium, zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez Uprawnionych, choć nie zawierały one w ocenie Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa, zaniechanie odrzucenia oferty Uprawnionych z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) lub zaniechania odrzucenia oferty Uprawnionych z uwagi na rażąco niską cenę, zaniechania odrzucenia oferty uprawnionych, choć jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, jak również, z ostrożności wobec zaniechania wezwania Uprawnionych do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

We wniosku uprawnieni wskazali, że wyrokiem z dnia 1 lipca 2015 r. wydanym w sprawie o sygnaturze KIO 1251/15 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie żądań odwołania tj. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wykluczenia Uprawnionych z postępowania z uwagi na zaniechanie zabezpieczenia przez Uprawnionych oferty wadium i nakazała Obowiązanemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Uprawnionych z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert.

Jak twierdzą we wniosku uprawnieni, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła jedynie zarzut dotyczący nieprawidłowego wniesienia przez Uprawnionych wadium w postaci gwarancji przetargowej, natomiast pozostałe zarzuty odwołania oddaliła uznając je za nieuzasadnione.

W ocenie uprawnionych powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej nie można uznać za uzasadnione, stąd od wyroku tego wniesiona została do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej skarga. W uzasadnieniu wniosku o udzielenie zabezpieczenia uprawnieni twierdzą, że wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uprawnionych KIO uzasadniła dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, w związku ze stwierdzeniem niewniesienia wadium do upływu terminu składania ofert. Izba miała stwierdzić, że wadium do oferty w formie gwarancji bankowej nr (...) wniesione zostało jedynie przez I., a nie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, przez co rzekomo, nie stanowiła ona właściwego wadium, bowiem gwarancja nie dawała Zamawiającemu pewności realizacji Gwarancji Wadialnej w sytuacji, kiedy podstawy do zatrzymania wadium odnosiłyby się jedynie do (...) Sp. z o.o. Uprawnieni wskazali natomiast, iż nie jest okolicznością sporną, iż udzielający gwarancji Bank (...) S.A. w swoim piśmie z 22 czerwca 2015r potwierdził, iż przedmiotowa gwarancja dotyczyła całego konsorcjum, w tym (...) Sp. z o.o., co w konsekwencji musi prowadzić zgodnie z art. 65§1 kc do wniosku, iż przedmiotowa gwarancja spełniała warunki sformułowane w SIWZ.

Uprawnieni uzasadnili interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia wskazując, że brak zabezpieczenia zasadniczo uniemożliwi osiągnięcie celu przyszłego postępowania w sprawie, a mianowicie doprowadzenie do zawarcia przez Uprawnionych umowy w sprawie zamówienia publicznego z Obowiązanym jako zamawiającym. W ocenie uprawnionych w sytuacji braku zabezpieczenia obejmującego zakaz wykluczenia Uprawnionych z postępowania przetargowego oraz zakaz odrzucenia ich oferty, względnie ustanawiającego zakaz zawarcia przez Obowiązanego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu prawomocnego ukończenia postępowania w sprawie, wysoce prawdopodobne jest, że nawet w przypadku, gdyby w wyniku rozpatrzenia przez Sąd Okręgowy skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej doszło do wydania orzeczenia korzystnego dla Uprawnionych, niemożliwym stanie się osiągnięcie celu tego postępowania, w postaci udzielenia Uprawnionym zamówienia publicznego. Wobec braku zabezpieczenia Zamawiający uprawniony będzie bowiem do wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. (KIO 1251/15), a w konsekwencji do niezwłocznego zawarcia umowy z podmiotem, którego oferta została zamieszczona na kolejnej pozycji listy rankingowej. W tej sytuacji

uprawnionym pozostanie de facto jedynie możliwość dochodzenia od Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego. Tym samym zamiast zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i jego wykonania, w związku z czym Uprawnieni mogliby oczekiwać osiągnięcia stosownego zysku, Uprawnieni byliby najprawdopodobniej zmuszeni do wytoczenia przeciwko Obowiązanemu powództwa o odszkodowanie, co narazi ich także na konieczność poniesienia dodatkowych kosztów związanych z wszczęciem kolejnego procesu.

Rozpoznając wniosek o udzielenie zabezpieczenia Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W wyciągu specyfikacji istotnych warunków zamówienia na „Projekt i budowę obwodnicy G. w ciągu drogi krajowej nr (...) długości ok. 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr (...) długości około 3,9 km”, który został załączony przez uprawnionych do wniosku, zgodnie z pkt 9.1. „Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 3 500 000,00 zł”. Zgodnie z pkt 9.3 in fine specyfikacji: „W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Gwarancja lub poręczenie

musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty Wadium".

Do wniosku wnioskodawca załączył gwarancję przetargową nr (...). Ww. gwarancja zawiera oświadczenie o następującej treści: „My, Bank (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., ul. (...), (...)-(...) W., działając na zlecenie Przedsiębiorstwa Usług (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. (...), (...)-(...) Z., zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo, do zapłacenia Wam każdej kwoty do wysokości 3.500.000.00 zł (słownie: trzy miliony pięćset tysięcy złotych 00/100) na pierwsze Wasze pisemne żądanie zapłaty, właściwie podpisane, oraz Wasze pisemne oświadczenie, że Wykonawca:

1) nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 48'Ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r., zwanej dalej „ustawą”, tj. będąc: poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności i:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub

c) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie,

2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, oraz nie udowodnił, że ich niezłożenie wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W celu identyfikacji Wasze pisemne żądanie zapłaty oraz Wasze oświadczenie, muszą być przedstawione nam przesyłką poleconą lub kurierem za pośrednictwem Waszego banku. Bank ten potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób., które mogą zaciągać zobowiązania majątkowe w Waszym imieniu. "

W piśmie z dnia 22 czerwca 2015 r. załączonym do wniosku znajduje się oświadczenie o następującej treści: (...)Bank (...) SA potwierdza, że Gwarancja Wadialna nr (...) z dnia 27 stycznia 2015 r. wraz ze zmianami obejmuje zabezpieczenie roszczeń Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do całego Konsorcjum, w tym do Partnera Konsorcjum: (...) Sp. z o.o., ul. (...), (...)-(...) W.. "

Zgodnie z Umową Konsorcjum zawartą pomiędzy Przedsiębiorstwem Usług (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. partnerzy tego Konsorcjum są wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie (§1.2), a do obowiązków (...) Sp. z o.o. należało wniesienie w imieniu Konsorcjum wadium (§4.5).

Zgodnie z art. 730<sup>(1)</sup> § 1 kpc: „ Udzielenia zabezpieczenia może żądać każda strona lub uczestnik postępowania, jeżeli uprawdopodobni roszczenie oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia. " Zgodnie z brzemieniem ww. przepisu, jak również zgodnie z celem instytucji zabezpieczenia, do wydania postanowienia o zabezpieczeniu wystarczające jest nie udowodnienie, a jedynie uprawdopodobnienie roszczenia i interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia. Rozstrzygając o udzieleniu zabezpieczenia Sąd Okręgowy wziął zatem za podstawę rozstrzygnięcia podniesione przez wnioskodawcę okoliczności oraz przedłożone przez niego dowody. Sąd Okręgowy miał też na uwadze, iż zabezpieczenie roszczenia w żaden sposób nie przesądza o zasadności samego zabezpieczanego roszczenia, tu - zasadności wniesionej skargi na wyrok KIO. Jednocześnie wskazać należy, że celem instytucji zabezpieczenia jest niedopuszczenie do sytuacji, w której brak zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie. Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie uznał, że wnioskodawca wykazał istnienie przesłanek z art. 730<sup>(1)</sup> § 1 kpc, gdyż uprawdopodobnił zarówno wniesienie przez

Konsorcjum zabezpieczenia spełniającego wymogi SIWZ, jak i uprawdopodobnił istnienie interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia.

Sąd Okręgowy dostrzega wprawdzie, że istnieją różne poglądy w zakresie skutku wniesienia wadium przez lidera konsorcjum. Powyższa rozbieżność w judykaturze i doktrynie została również zauważona w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 1 lipca 2015 r. Jednocześnie, w ocenie Sądu Okręgowego, już samo istnienie dość powszechnego poglądu, wskazującego na to, że dla spełnienia ustawowego wymogu z ustawy prawo zamówień publicznych wystarczające jest wniesienie wadium w postaci gwarancji bankowej udzielonej liderowi konsorcjum, stanowi uprawdopodobnienie roszczenia przysługującego wnioskodawcy. Sąd Okręgowy rozpoznając wniosek o udzielenie zabezpieczenia wziął też pod uwagę treść pisma z dnia 22 czerwca 2015 r. Banku (...) skierowanego do Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w którym to gwarant dokonuje wykładni udzielonej uprzednio gwarancji. Wreszcie, Sąd również pod uwagę treść § 4. 5 Umowy Konsorcjum z dnia 10 stycznia 2014 r., zgodnie z którym wadium w imieniu konsorcjum wniesione miało zostać przez pełnomocnika (lidera konsorcjum). Wskazane wyżej okoliczności uprawdopodobniają istnienie roszczenia wnioskodawcy.

Odnosząc się do interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia, wskazać należy, że za przyjęciem, iż wnioskodawca ma interes prawny przemawia fakt, że oferta konsorcjum, którego jest liderem została wybrana przez zamawiającego. Gdyby nie odwołanie do KIO od rozstrzygnięcia zamawiającego przez innych uczestników postępowania, umowa między wnioskodawcą a zamawiającym najprawdopodobniej została zawarta. Sąd podziela przy tym zdanie wnioskodawcy co do tego, że ewentualne dochodzenie odszkodowania od zamawiającego w osobnym postępowaniu wiązałyby się z dodatkowymi kosztami.

Tym samym, na tym etapie postępowania, nie przesądzając o zasadności roszczenia stanowiącego przedmiot skargi na wyrok KIO z 1 lipca 2015r., Sąd Okręgowy uznał, że wnioskodawca wykazał przesłanki udzielenia zabezpieczenia z art. 730<sup>1</sup> § 1kpc. Jednocześnie w warunkach sprawy Sąd Okręgowy uznał, iż sposób zabezpieczenia odpowiadał przepisom art. 730<sup>1</sup> § 3kpc i art. 755kpc.

Na zakończenie, wskazać należy, że w dacie orzekania o zabezpieczeniu brak było podstaw do stwierdzenia, że skarga wnioskodawcy na orzeczenie KIO wniesiona dnia 16 lipca 2015 r. została wniesiona po terminie.