

Sygn. akt I Ca 235/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 lutego 2015r.

Sąd Okręgowy w Elblągu I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSO Ewa Pietraszewska (spr.)

Sędziowie: SO Mariusz Gregorowicz

SO Arkadiusz Kuta

Protokolant: st. sekr. sąd. Danuta Gołębiewska

po rozpoznaniu w dniu 18 lutego 2015r. w Elblągu

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. (lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E.

o wznowienie postępowania zakończonego prawomocnym postanowieniem Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 19 grudnia 2013r. sygn. akt I Ca 308/13

w sprawie z odwołania wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w E.

przy udziale wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. (lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E.

od czynności zamawiającego

na skutek skargi wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. (lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 17 października 2013r. sygn. akt KIO (...)

1/ oddala skargę;

2/ zasądza od wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. (lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. solidarnie na rzecz zamawiającego Zarządu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania związanego z rozpoznaniem skargi.

Sygn. akt I Ca 235/14

UZASADNIENIE

Prawomocnym postanowieniem Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 19 grudnia 2013r. w sprawie o sygn. akt I Ca (...)z odwołania wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego Zarząd (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością E., przy udziale wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E.(lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E., od czynności zamawiającego, na skutek skargi wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E.(lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E.od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.z dnia 17 października 2013r. sygn. akt KIO (...) w pkt 1 odrzucono zażalenie na zarządzenie Przewodniczącej z dnia 09 grudnia 2013r. w przedmiocie wymiaru opłaty sądowej, zaś w pkt 2 odrzucono samą skargę.

W uzasadnieniu tego postanowienia wskazano, że zarządzeniem z dnia 09 grudnia 2013r., doręczonym skarżącym wykonawcom w dniu 10 grudnia 2013r., wezwano ich do uiszczenia opłaty od skargi w brakującej części, tj. w kwocie 2.004.850 zł, w terminie tygodniowym, pod rygorem odrzucenia skargi. W terminie ustawowym dla uiszczenia należnej opłaty skarżący nie uiszcili brakującej części opłaty, natomiast złożone przez nich zażalenie na zarządzenie Przewodniczącej z dnia 09 grudnia 2013r. w przedmiocie wymiaru opłaty sądowej podlegało odrzuceniu – jako niedopuszczalne. Z tych też przyczyn skarga od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 17 października 2013r. podlegała odrzuceniu jako nieopłacona, o czym Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198e ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

Postanowienie to było prawomocne z dniem wydania i nie przysługiwało od niego uprawnienie do złożenia skargi kasacyjnej.

W dniu 23 lipca 2014r. wykonawcy, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (w formie konsorcjum), tj. Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością E.oraz Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością E., złożyli skargę o wznowienie postępowania, zakończonego prawomocnym postanowieniem Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 19 grudnia 2013r. sygn. akt I Ca (...)w sprawie z odwołania wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością W.postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością E.przy udziale wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E.(lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E.od czynności zamawiającego na skutek skargi wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E.(lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E.od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.z dnia 17 października 2013r. sygn. akt KIO (...).

W skardze o wznowienie postępowania prowadzonego przez tut. Sąd Okręgowy pod sygn. akt I C (...)wskazano, że postanowieniem z dnia 19 grudnia 2013r. odrzucono skargę wykonawców od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.10.2013r. z powodu tego, że nie byli oni w stanie uiszczyć opłaty sądowej od skargi, ustalonej w oparciu o treść art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych na kwotę 2.079.850 zł. Wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2014r. w sprawie o sygn. akt SK 12/13 Trybunał Konstytucyjny orzekł jednak o niezgodności w/w przepisu art. 34 ust. 2 ustawy z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przepis ten utracił moc w związku z publikacją orzeczenia w Dzienniku Ustaw pod poz. 545. W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 399 § 2 k.p.c. w zw. z art. 401¹ k.p.c. wniesiono o wznowienie postępowania prowadzonego w tut. Sądzie pod sygnaturą I Ca (...), uchylenie postanowienia o odrzuceniu skargi i rozpoznanie skargi wykonawców, działających w ramach konsorcjum, od wyroku (...)z dnia 17 października 2013r.

W odpowiedzi na skargę o wznowienie postępowania zamawiający Zarząd (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E. wniósł o jej oddalenie. W swoim stanowisku wskazał, że w jego ocenie, wznowienie postępowania na podstawie art. 401¹ k.p.c. może nastąpić w sytuacji, gdy niekonstytucyjny akt normatywny stanowił podstawę wydanego orzeczenia. Tymczasem podstawą wydania prawomocnego postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 19 grudnia 2013r. nie był przepis art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, który utracił moc wobec treści wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 kwietnia 2014r., a przepis art. 198 e ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych. Sąd rozstrzygał bowiem wskazanym postanowieniem nie o zasadności, czy wysokości opłaty sądowej należnej od skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a jedynie o tym, czy opłata została w wyznaczonym terminie wniesiona. Stwierdziwszy zaś, że skarżący opłaty nie uiszczył, stosownie do dyspozycji

art. 198e ust. 1 w/w ustawy obowiązany był odrzucić skargę i to właśnie ten przepis, a nie przepis art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, był podstawą wydania orzeczenia z dnia 19 grudnia 2013r. w przedmiocie odrzucenia skargi wykonawców.

Postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 18 lutego 2015r. zniesiono postępowanie w zakresie rozprawy odbytej przez ten Sąd w dniu 03 grudnia 2014r. i w dniu 14 stycznia 2015r. - z powodu niewłaściwego składu. Do czasu wydania tego postanowienia, wykonawca (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. także wnosił o oddalenie skargi konsorcjum o wznowienie postępowania.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 17 października 2013r. wydanym w sprawie KIO (...) Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2013r. w W.odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04 października 2013r. przez wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w W.w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością E., przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E.(lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E., zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO (...) po stronie zamawiającego, orzekła o uwzględnieniu odwołania i nakazała unieważnienie czynności wyboru w ramach Pakietu nr 2 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o.(lider) oraz Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o.z siedzibą w E.jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o.w E.(lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o.w E.. W pkt 2 wyroku kosztami postępowania obciążono zamawiającego Zarząd (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością E., zaliczono w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) sp. z o.o.z siedzibą w W.tytułem wpisu od odwołania i zasądzono od Zarządu (...) sp. z o.o.w E.na rzecz wykonawcy (...) sp. z o.o.z siedzibą w W.kwotę 15.000 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza dalej wskazała, że Zarząd (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E., zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadził, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie komunikacji miejskiej na terenie Gminy E. i gmin sąsiadujących”. Zamówienie podzielono na 3 pakiety. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 sierpnia 2013r., nr (...) 157- (...).

Dalej Izba wskazała, że w dniu 01 października 2013r. zamawiający poinformował wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W., zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze w ramach pakietu nr 2 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. (lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w E., zwanych dalej Konsorcjum, jako najkorzystniejszej.

W dniu 04 października 2013r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 4 października 2013r.) - wobec niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego, polegającej na uznaniu, że oferta Konsorcjum została prawidłowo zabezpieczona wadium i w związku z tym - zaniechaniu jego wykluczenia, czego konsekwencją był wybór jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił czynnościom zamawiającego naruszenie art. 45 ust. 6 i 7, art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 91 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu. Jednocześnie odwołujący wniósł o stwierdzenie, że oferta Konsorcjum nie została zabezpieczona wadium, o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert i wykluczenie z postępowania Konsorcjum i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., że zgodnie z wymogami ustawy Pzp, zamawiający żądał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienie, zabezpieczyli swoje oferty wadium - punkt VIII SIWZ „Wymagania dotyczące wadium”, w którym zamawiający określił wysokość wadium dla Pakietu (...) na kwotę

250.000,00 zł. Zamawiający wskazał, że wadium należy wnieść przed terminem składania ofert, a jako dopuszczalne formy jego wniesienia powtórzył zapisy art. 45 ustawy Pzp, dodając w pkt VIII, (...) SIWZ, że: „Wykonawca, który nie wnieśli wadium na okres związania ofertą, zostanie przez zamawiającego wykluczony z postępowania”.

Nadto Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że odwołujący podniósł, iż ustawa Pzp zawiera zamknięty katalog dopuszczalnych form wniesienia wadium. Wedle wyboru wykonawcy, wadium może być wnoszone w jednej lub kilku z form wskazanych w ustawie, której zapisy powielił zamawiający w treści SIWZ. Wniesienie wadium w pieniądzu polega na przekazaniu do dyspozycji zamawiającego oznaczonej kwoty pieniężnej. Kwota ta nie staje się jednakże mieniem zamawiającego. W momencie wniesienia zabezpieczenia zamawiającemu służy wyłącznie roszczenie o zatrzymanie kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Tak więc wadium wnoszone w pieniądzu powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego, na którym to jest przechowywane.

Dalej twierdzono w skardze, że wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł lub wniósł je w niewłaściwej formie. Za formę należy natomiast - zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp - uznać pieniądz, a nie drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto. Wniesienie wadium w innej formie, niż formy wskazane w prawie zamówień publicznych, należy więc zrównać z jego niewniesieniem, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Pogląd ten był wielokrotnie podkreślany zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie i jest on jednym z ugruntowanych i niekwestionowanych aksjomatów Prawa zamówień publicznych (np. wyroki I.w sprawach o sygn. akt KIO/UZP(...), KIO/UZP (...), KIO (...), KIO (...), KIO (...), KIO (...), KIO (...), KIO (...), KIO (...), KIO (...), KIO (...)).

Wskazano, że w dniu 30 września 2013r. odwołujący otrzymał od zamawiającego, w odpowiedzi na złożony wniosek, „oświadczenia o potrąceniu” złożone przez Konsorcjum, którego ofertę w dniu 01 października 2013r. wybrał on jako najkorzystniejszą. Z powyższego wynikało, że Konsorcjum jako wadium, które zabezpieczało jego ofertę, wniosło dwa dokumenty, datowane na dzień 20 września 2013r., zatytułowane „Oświadczenie o potrąceniu”, z których treści wynikało, że obaj członkowie Konsorcjum dokonują potrącenia należnych im od zamawiającego wierzytelności w kwotach po 125.000 złotych i tym samym uznają, iż „Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, a co za tym idzie wadium wymagane w wyżej opisanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w kwocie 125 000 zł (słownie: sto dwadzieścia pięć tysięcy złotych) dla Pakietu Nr 2 uważamy za wniesione w ten sposób, a warunek opisany w rozdziale VIII pkt 1 SIWZ za spełniony”. Ww. oświadczenia nie zostały załączone do oferty Konsorcjum. Konsorcjum w treści formularza ofertowego w pkt 7 poinformowało jedynie, że „wadium o wartości 250.000,00 zł zostało wniesione w formie pieniężnej” (choć przeczy mu wymieniona w formularzu lista załączników, gdzie pod punktem 6 jest informacja właśnie o oświadczeniach). Konsorcjum, składając wadium w formie pieniężnej, miało tymczasem obowiązek załączyć do oferty potwierdzenie dokonania przelewu w kwocie 250.000,00 zł, w którego tytule jednoznacznie należało określić, że jest to kwota wpłacona jako wadium w tym konkretnym postępowaniu. Dokument dotyczący potrącenia wzajemnych wierzytelności nie był zaś – w ocenie wykonawcy W. - formą dopuszczalną przez ustawę Pzp oraz SIWZ, a tym samym nie mogło być mowy o tym, że Konsorcjum wniosło wadium w formie dopuszczalnej przez ustawę Pzp. W związku z tym Konsorcjum winno zostać wykluczone na mocy art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 45 ust 6 i ust. 7 ustawy Pzp.

Nadto wykonawca W. dodał, że samo potrącenie, dokonane przez członków Konsorcjum, jest nieważnym na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 498 § 1 kodeksu cywilnego „Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym”. Tak więc potrącenie (kompensacja, kompensata) w prawie cywilnym oznacza umorzenie dwóch przeciwstawnych sobie wierzytelności poprzez złożenie oświadczenia woli przez jednego wierzyciela drugiemu wierzycielowi lub w drodze dwustronnej umowy. Kompensata uchyla konieczność realnego wykonania świadczeń przez obie strony, a zaspokojenie wierzyciela wyraża się w tym, że nie musi on wykonywać przeciwstawnego zobowiązania. Niezbędnymi przesłanki potrącenia są więc enumeratywnie wymienione w przepisie okoliczności, tj. dwie osoby muszą być względem siebie zarówno wierzycielami, jak i dłużnikami; przedmiotem świadczeń w obu przypadkach są pieniądze

lub rzeczy tej samej jakości oznaczone co do gatunku; obie wierzytelności są wymagalne oraz wierzytelność osoby dokonującej potrącenia jest zaskarżalna. Tak więc w przedmiotowym przypadku nie było mowy o możliwości potrącenia, bowiem wadium nie jest wierzytelnością, której zamawiający może dochodzić sędownie. Kwota wadium nie staje się bowiem mieniem zamawiającego. Przy braku wadium zamawiający po prostu wyklucza oferenta z udziału w postępowaniu, ale nie może się sędownie domagać, aby oferent wniósł je w ramach składania oferty, tak więc nie ma tu mowy o zaistnieniu następujących przesłanek: dwie osoby muszą być względem siebie zarówno wierzycielami, jak i dłużnikami oraz wierzytelność osoby dokonującej potrącenia jest zaskarżalna.

Dalej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazano, że w dniu 07 października 2013r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego, toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania, zaś w dniu 10 października 2013r. Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu. W dniu 15 października 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Skład orzekający I. wskazał, że nie znalazł podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Rozpoznając zaś merytorycznie złożone odwołanie uznano, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając swoje stanowisko Izba ustaliła, że zamawiający w rozdziale VIII SIWZ (...) zamieścił następujące postanowienia: „1. Zamawiający żąda od Wykonawcy wniesienia wadium w wysokości: 1.2. dla Pakietu Nr 2: w wysokości: 250.000 zł. Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert. Wadium może być wnoszone w jednej lub w kilku następujących formach, zgodnie z art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w pieniądzu, w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, w gwarancjach bankowych, w gwarancjach ubezpieczeniowych, w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 09 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (...). Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy BANK (...)A. (...). 2. Wykonawca, który nie wnieśli wadium na okres związania ofertą zostanie przez Zamawiającego wykluczony z postępowania. 3. Wadium będzie zwracane na warunkach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych. 4. Zamawiający zatrzyma wadium na warunkach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Konsorcjum, co było niesporne, w formularzu „(...)” pkt (...) podało, że „Wadium o wartości 250.000,00 zł zostało wniesione w formie pieniężnej” (...), a ponadto wśród wyspecyfikowanych załączników wymieniło pod pozycją 6 „Oświadczenia członków konsorcjum o potrąceniu - dokument potwierdzający wniesienie wadium”.

W toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą ustalono, że oświadczenia członków konsorcjum o potrąceniu (dokument potwierdzający wniesienie wadium z dnia 20 września 2013r.) został zdeponowany w kasie zamawiającego. W ich treści konsorcjanci złożyli oświadczenie, że „(...) na podstawie art. 498 k.c. oświadczamy, iż potrącamy naszą wierzytelność z wierzytelnościami (wyżej opisane) przysługującymi (...) spółce z o.o. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, a co za tym idzie wadium wymagane w wyżej opisanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w kwocie 125.000 zł (...) dla Pakietu (...) uważamy za wniesione w ten sposób, a warunek opisany w rozdziale VIII (...) SIWZ za spełniony”.

Przechodząc do rozważań prawnych Izba podała, że art. 45 ust. 6 ustawy Pzp przewiduje numerus clausus dozwolonych form wniesienia wadium. Tak więc, wedle wyboru wykonawcy, „wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1/ pieniądzu, 2/ poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, 3/ gwarancjach

bankowych, 4/ w gwarancjach ubezpieczeniowych, 5/ poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 09 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (...)"

Stwierdzono, że - zdaniem I.- zamawiającemu nie służy przy tym uprawnienie do wskazywania dozwolonych i aprobowanych przezeń form wadium. Prawo zamówień publicznych przewiduje bowiem zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawową formą jest pieniądz, ale oprócz niego istnieje możliwość ustanowienia zabezpieczenia w postaci poręczeń bankowych, gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych oraz poręczeń dokonywanych przez Polską Agencję (...) Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (...). Wadium nie może być wniesione w szczególności w papierach wartościowych - akcjach, obligacjach, czekach, czy innych. Wykonawca nie może także dokonać potrącenia istniejącej wierzytelności względem zamawiającego, gdyż ustawa Pzp takiej możliwości (wniesienia wadium wskutek potrącenia) nie przewiduje. Wadium jest bowiem szczególną formą zabezpieczenia, do którego nie mogą mieć zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o potrąceniu (art. 498 - 505 k.c.). Wykonawca nie może więc wnieść skutecznie wadium, dokonując potrącenia własnej wierzytelności wobec zamawiającego z wierzytelnością zamawiającego wobec wykonawcy dokonującego potrącenia. Wadium nie jest bowiem - jak słusznie zdaniem I. podniósł odwołujący - należnością, którą można potrącić, nie jest też wierzytelnością, której zamawiający może dochodzić sędownie, jak i nie ma ono charakteru realnego. „Wniesienie wadium w innej formie, w szczególności w formie blokady kwoty wymaganej jako wadium z należności wynikającej z konkretnej faktury również nie może być uznane jako właściwa forma wniesienia wadium" (tak: wyrok SO w Warszawie z dnia 10.12. 2002r., sygn. akt V Ca (...)). Wyboru formy wadium dokonuje wykonawca. Niemniej jednak może on dokonywać dowolnych kombinacji form wyłącznie dozwolonymi formami (taką formą nie jest natomiast potrącenie) i różne części wadium wpłacić w sposób odmienny. Wadium, wnoszone w pieniądzu, powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu. Tymczasem, mimo oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w treści złożonej oferty, że „Wadium o wartości 250.000,00 zł zostało wniesione w formie pieniężnej" Izba uznała, iż w formie tej wadium nie zostało przez tego wykonawcę faktycznie wniesione. Za taką formę nie można było bowiem uznać potrącenia. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się i dlatego też orzeczono, jak w sentencji w pkt 1 zaskarżonego wyroku (...). O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa prawnego przed Izbą na rzecz przystępującego, gdyż - zgodnie z § 3 przedmiotowego rozporządzenia - do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania, natomiast koszty uczestnika postępowania jedynie w okolicznościach przewidzianych w rozporządzeniu i nie dotyczą one sytuacji, jaka miała miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Z przedmiotowym wyrokiem (...) z dnia 17 października 2013r. nie zgodzili się wykonawcy Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E. (lider) oraz Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w E..

W skardze wnosili o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie o oddaleniu odwołania przeciwnika skargi, zarzucając orzeczeniu naruszenie przepisu art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez niewłaściwą wykładnię wskazanego przepisu i odmowę uznania kwoty uzyskanej przez zamawiającego na skutek złożonych przez zamawiającego i wykonawców zgodnych oświadczeń woli o potrąceniu wzajemnych zobowiązań za wadium, przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie Pakietu 2, skutkujące unieważnieniem czynności wyboru, nakazaniem powtórzenia czynności badania ofert, w tym wykluczenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nadto złożono szereg wniosków dowodowych, opisanych szczegółowo w pkt 2 b – f oraz domagano się obciążenia przeciwnika skargi kosztami procesu.

Ustosunkowując się do skargi o wznowienie postępowania i w/w skargi wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E.(lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E.od wyroku (...)z dnia 17.10.2013r., zamawiający Zarząd (...)w E.wniósł o ich oddalenie jako bezzasadnej oraz o

oddalenie wniosków dowodowych skarżących, przeprowadzenie dowodu z wyroku (...)wydanego w sprawie o sygn. KIO (...) oraz o zasądzenie od skarżących solidarnie na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający wskazał, że w całości podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie można uznać złożenia oświadczenia o potrąceniu wzajemnych należności zamawiającego i wykonawców skupionych w konsorcjum za wniesienie wadium w rozumieniu art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w ramach postępowania i nie dopuszcza on możliwości wniesienia wadium w formie złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności. Nie można więc uznać – wbrew twierdzeniom odwołujących się wykonawców – że doszło do wniesienia przez nich wadium w formie pieniężnej.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., przychylając się do stanowiska zamawiającego, także wniosła o oddalenie przedmiotowej skargi od wyroku (...) z dnia 17 października 2013r.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, że sama skarga Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E. oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością E. o wznowienie postępowania, zakończone prawomocnym postanowieniem Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 19 grudnia 2013r. sygn. akt I Ca (...), odrzucającą skargę tych spółek od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 17 października 2013r. sygn. akt KIO (...) była dopuszczalna, więc postępowanie winno być wznowione.

Jak wskazano w skardze o wznowienie postępowania, była ona oparta na treści art. 401¹ k.p.c., z którego to przepisu wynika, że można żądać wznowienia postępowania również w wypadku, gdy Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub z ustawą, na podstawie którego zostało wydane orzeczenie.

W przedmiotowej sprawie podnoszono, że postępowanie winno być wznowione, gdyż skargę wykonawców od wyroku (...)z dnia 17.10.2013r. odrzucono z powodu tego, iż nie byli oni w stanie uiścić opłaty sądowej od skargi, ustalonej w oparciu o treść art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych na kwotę 2.079.850 zł. Wykonawcy uiścili co prawda opłatę ustaloną w oparciu o art. 34 ust. 1 tej ustawy w wysokości 75.000 zł, jednak opłata ta okazała się być niewystarczająca, a samą decyzję Przewodniczącego w przedmiocie wymiaru wyższej opłaty zaskarżyli. W konsekwencji nieuiszczenia opłaty w wymaganej wysokości Sąd Okręgowy prawomocnym postanowieniem z dnia 19 grudnia 2013r., wydanym w sprawie I Ca 308/13 w pkt 1 odrzucił jednak zażalenie skarżących na zarządzenie Przewodniczącej z dnia 09.12.2013r. w przedmiocie wymiaru opłaty sądowej, zaś w pkt 2 odrzucił skargę członków konsorcjum od wyroku (...)z 17.10.2013r. wskazując przy tym na podstawę tej czynności w postaci art. 198e ustawy Pzp. Wyrokiem jednak z dnia 15 kwietnia 2014r. w sprawie o sygn. akt SK (...)Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności przepisu art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przepis ten utracił moc w związku z publikacją orzeczenia w Dzienniku Ustaw z dnia 28 kwietnia 2014r. pod poz. 545. W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 399 § 2 k.p.c. w zw. z art. 401¹ k.p.c. wykonawcy złożyli skargę o wznowienie postępowania prowadzonego w tut. Sądzie pod sygnaturą I Ca (...), wnosząc o uchylenie postanowienia z dnia 19 grudnia 2013r. i rozpoznanie skargi wykonawców, działających w ramach konsorcjum, od wyroku (...)z dnia 17 października 2013r.

W ocenie Sądu Okręgowego, mimo wskazania w treści uzasadnienia w/w postanowienia z dnia 19 grudnia 2013r., że podstawą rozstrzygnięcia jest art. 198e ustawy Pzp stanowiący, iż sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuci skargę od orzeczenia izby, o ile strona nie uzupełniła jej braków w terminie, a nie wskazany w treści skargi o wznowienie przepis art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, to de facto stwierdzić należało, że podstawa wydania przedmiotowego orzeczenia winna była być w niniejszej sprawie postrzegana szerzej. Przedmiotowym postanowieniem Sąd odrzucił bowiem nie tylko samą skargę członków konsorcjum od wyroku (...)z 17.10.2013r., lecz także zażalenie skarżących na zarządzenie Przewodniczącej z dnia 09.12.2013r. w przedmiocie wymiaru opłaty

sądowej. Ta zaś, w wysokości wskazanej w art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych na kwotę 2.079.850 zł, była przez skarżących kontestowana, gdyż z jej wymiarem wykonawcy się nie zgadzali, podnosząc w niedopuszczalnym zażaleniu, że właściwą wysokością opłaty jest ta, która uiszcili w oparciu o treść art. 34 ust. 1 ustawy, a mianowicie w wysokości 75.000 zł. Gdyby więc obowiązujący w dacie 19 grudnia 2014r., a uznany za niekonstytucyjny w dniu 15 kwietnia 2014r. przepis art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych nie wymagał uiszczenia przez skarżących opłaty w kwocie 2.079.850 zł, której uiszczenie – jak twierdzili skarżący - przekraczało ich możliwości, gdyż wnosili o zwolnienie ich od kosztów sądowych w postaci części tej opłaty, tj. w wysokości 2.004.850 zł, skarga ich mogła być rozpoznana już w trakcie postępowania prowadzonego pod sygnaturą I Ca (...), gdyż opłatę, ustaloną w oparciu o przepis art. 34 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych na kwotę 75.000 zł konsorcjum bezspornie uiszcilo w określonym w tym celu terminie (k. 85 akt I Ca (...)).

Z tych też względów, w ocenie Sądu Okręgowego należało przyjąć, że art. 34 ust. 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych stanowił także – obok art. 198e ustawy Pzp - podstawę, na której zostało wydane postanowienie z dnia 19 grudnia 2013r. w sprawie I Ca 308/13, a więc wznowienie tego postępowania na podstawie art. 401¹ k.p.c., wobec stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu art. 34 ust. 2 w/w ustawy, było dopuszczalne.

Skarżący dochowali także terminu, o którym mowa w art. 407 § 2 k.p.c., a z którego to wynika, że w sytuacji określonej w art. 401¹ k.p.c. skargę o wznowienie wnosi się w terminie trzech miesięcy od dnia wejścia w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Orzeczenie Trybunału weszło bowiem w życie w dniu 28 kwietnia 2014r., zaś skarga o wznowienie postępowania została złożona przez członków konsorcjum w dniu 23 lipca 2014r., a więc z zachowaniem w/w terminu trzymiesięcznego.

Nadto stwierdzić należało, że obecnie nie budzi wątpliwości, że możliwe jest wznowienie postępowania także wówczas, gdy zakończyło się wydaniem prawomocnego postanowienia (orzeczenia nie merytorycznego), a takim było postanowienie z dnia 19 grudnia 2013r. o odrzuceniu zażalenia od zarządzenia w przedmiocie wymiaru opłaty i o odrzuceniu skargi z powodu nieuzupełnienia braków formalnych skargi od wyroku (...) z dnia 17.10.2013r. (tak też: Mariusz P. Wójcik, Komentarz do art. 401¹ Kodeksu postępowania cywilnego, LEX).

Na przeszkodzie rozpoznania skargi nie stoi również okoliczność, że postępowanie dotyczące Pakietu nr 2 zakończyło się udzieleniem zamówienia spółce (...) na podstawie umowy zawartej z zamawiającym w dniu 17 stycznia 2014r. na okres od 01.02.2014r. do dnia 31.12.2020r. i okoliczność, iż zamówienie to jest realizowane. Prezentowane w tym względzie stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 października 2005r. (III CZP 73/05, OSNC 2006/7-8/121), z której to uzasadnienia wynika, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana.

Skoro wznowienie postępowania zakończonych prawomocnym postanowieniem było w niniejszej sprawie możliwe, należało odnieść się do merytorycznej zawartości skargi wykonawców od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2013r.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 198 a w zw. z art. 198f pkt 4 ustawy Pzp, Sąd – przy rozpoznaniu skargi od orzeczenia izby - nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

Jedynym zarzutem wykonawców, wskazanym w skardze, był tymczasem zarzut naruszenia art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez niewłaściwą wykładnię wskazanego przepisu i odmowę uznania kwoty uzyskanej przez zamawiającego na skutek złożonych przez zamawiającego i wykonawców zgodnych oświadczeń woli o potrąceniu wzajemnych zobowiązań za wadium, przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie Pakietu 2, co skutkowało unieważnieniem czynności wyboru, nakazaniem powtórzenia czynności badania ofert, w tym wykluczenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5/ poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007r. Nr 42, poz. 275, z późn. zm.). W myśl zaś ust. 7 i 8 w/w przepisu, wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego i przechowuje się na rachunku bankowym.

„Ustawa zawiera w art. 45 ust. 6 zamknięty katalog dopuszczalnych form wniesienia wadium. Wniesienie wadium w pieniądzu polega na przekazaniu do dyspozycji zamawiającego oznaczonej kwoty pieniężnej. Kwota ta nie staje się jednakże mieniem zamawiającego. W momencie wniesienia zabezpieczenia zamawiającemu służy wyłącznie roszczenie o zatrzymanie kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5. Wadium wnoszone w pieniądzu powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Wadium przechowywane jest na rachunku bankowym, przy czym ustawa nie nakazuje, aby był to rachunek oprocentowany. Zatrzymanie wadium złożonego w tej formie następuje przez złożenie oświadczenia wykonawcy. Mimo ustawowego obowiązku wniesienia wadium przelewem ustawa nie przewiduje sankcji, jeśli wadium zostanie wpłacone gotówką wprost na rachunek wskazany przez zamawiającego. Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł lub wniósł je w niewłaściwej formie. Za formę należy zgodnie z art. 45 ust. 6 uznać pieniądź, a nie drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto. Odmiennie będzie wyglądać sytuacja wykonawcy, który wpłacił wadium w kasie zamawiającego lub na inny niż wskazany rachunek. Wówczas brak wadium na wskazanym rachunku będzie skutkować wykluczeniem z postępowania” (tak: Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 45 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex).

„Wadium jest formą zabezpieczenia interesu prawnego zamawiającego, w związku z zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (wzmocnienie obowiązku zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza). Wadium zabezpiecza przed odmową zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, niewniesienia przez tego wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5). Ponadto zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie (art. 46 ust. 4a). Przez wadium należy zatem rozumieć sumę pieniężną, którą zatrzyma zamawiający w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5.” (tak: Józef Edmund Nowicki, Komentarz do art. 45 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex).

„Wadium może być wnoszone w jednej formie lub kilku formach określonych w art. 45 ust. 6. Form wadium wskazanych w tym przepisie nie mogą zastąpić ich substytuty, np. akredytywa lub blokada środków na rachunku bankowym wykonawcy. W przypadku wniesienia wadium w innych formach niż określone w art. 45 ust. 6 wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2” (tak: wyrok (...)z dnia 17 czerwca 2008r., KIO/UZP (...)).

Wniesienie wadium w pieniądzu jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego żadaną kwotą wadium (zob. wyroki (...): z dnia 19 marca 2008r., KIO/UZP (...); z dnia 8 stycznia 2010r., KIO/UZP (...); z dnia 13 września 2010r., KIO/UZP (...); z dnia 23 stycznia 2012r., KIO (...), www.uzp.gov.pl).

W wyroku z dnia 09 kwietnia 2009r., KIO/UZP (...) (www.uzp.gov.pl) Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia wniesienia wadium w pieniądzu, stwierdziła, że: "Istotne jest bowiem to, iż wadium zostało wniesione w formie, która została dopuszczona na mocy przepisu art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy p.z.p. Sposób przekazywania pieniędzy na poczet wadium nie może dyskredytować oferty. Z całą stanowczością należy bowiem podkreślić, iż nie

ma on wpływu na skuteczność zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Cel ustanowienia wadium w żaden sposób nie zostanie naruszony".

W wyroku (...)z dnia 20 marca 2013r. (KIO (...), www.uzp.gov.pl) wskazano, „że wadium wniesione w pieniądzu jest ważne tak długo, dopóki pozostaje na rachunku zamawiającego". W wyroku z dnia 13 lutego 2009r., (KIO/UZP (...), www.uzp.gov.pl) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła zaś, że: "Okoliczność bezsporną stanowi, że w wyznaczonym terminie nastąpiło uznanie rachunku Zamawiającego, w wymaganej kwocie wadium, co przesądza o tym, że wadium zostało wniesione i nadal pozostaje na rachunku Zamawiającego, zabezpieczając ofertę w taki sposób, że zamawiający może bez przeszkód uczynić użytek ze zdeponowanej kwoty wadium, w przypadku gdy będą ku temu zachodziły uzasadnione podstawy. Sankcją wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p., zagrożone jest jedynie nie wniesienie wadium na cały okres związania ofertą. Ustawodawca nie dopuścił wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku, odmiennego sposobu wniesienia wadium, niż w drodze polecenia przelewu bankowego. Przepis ten nie zawiera bowiem dyspozycji, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium w sposób określony w art. 45 ust. 7 p.z.p."

W wyroku z dnia 23 stycznia 2012r. (KIO (...), www.uzp.gov.pl), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: "Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem "wplacać na rachunek" jest w ocenie I.równoznaczne z koniecznością zaksięgowania środków pieniężnych na wskazanym rachunku. Wydanie dyspozycji dokonania wpłaty nie jest "wpłatą" w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 7 ustawy p.z.p., lecz jedynie podjęciem kroków zmierzających do dokonania takiej wpłaty".

W przedmiotowej sprawie nie było sporne, że skarżący wykonawcy twierdzili, iż wnieśli wadium w kwocie 250.000 zł poprzez złożenie w dniu 20.09.2013r. oświadczeń o potrąceniu przez każdą ze spółek wchodzących w skład konsorcjum wierzycieli przysługujących im od zamawiającego z tytułu łączących ich wcześniej umów (Nr (...) z (...) spółką z o.o. i Nr (...) z (...) spółką z o.o.), do wysokości po 125.000 zł od każdej ze spółek.

Jak wynikało bowiem z oświadczenia spółki (...), na dzień jego złożenia przysługiwała temu wykonawcy wierzycielność w wysokości 822.347,04 zł w stosunku do zamawiającego, co umożliwiło w jego ocenie dokonanie potrącenia kwoty w wysokości 1/2 części przewidzianego dla Parkietu 2 wadium, tj. w wysokości 125.000 zł. Wykonawca jednocześnie oświadczył, że wskutek tego potrącenia obie wierzycielności (tj. z tytułu połowy wadium i z tytułu wierzycielności powstałych na tle wykonania umowy Nr (...)) umorzyły się do wysokości wierzycielności niższej, a co za tym idzie - wadium wymagane w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w kwocie 125.000 zł dla Pakietu 2 uważa za wniesione w ten właśnie sposób, a warunek wskazany w rozdziale VIII pkt 1 SIWZ za spełniony (k. 15 akt I Ca (...)). Takiej też treści oświadczenie o potrąceniu złożył drugi wykonawca działający w ramach konsorcjum, tj. spółka (...), a to w odniesieniu do kwoty wierzycielności w wysokości 927.904,17 zł wynikającej z wykonania umowy Nr (...)(k. 16 akt j.w.). W ślad za tymi oświadczeniami dział finansowo – księgowy zamawiającego dokonał stosownych księgowania, o czym poinformował dyrektora spółki (tak: pisma w postaci oświadczenia spółki (...)z dnia 01.10.2013r. i spółki (...)z dnia 01.10.2013r., pisma działu (...)spółki (...)do Dyrektora spółki z dnia 25 września 2013r. w załączniku nr 2, zawierającym kopie dokumentujące przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, złożonym przez zamawiającego w dniu 14 stycznia 2015r. oraz z akt sprawy KIO (...)).

Spornym i wymagającym rozstrzygnięcia w sprawie okazała się więc jedynie kwestia tego, czy złożone oświadczenia skarżących o potrąceniu wzajemnych wierzycielności, przysługujących jakoby tym wykonawcom – według ich przekonania - i zamawiającemu względem siebie, mogły stanowić wadium w rozumieniu art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, a jeżeli tak – rozstrzygnięcie, czy nakazanie wykluczenia konsorcjum z przetargu oraz dokonanie przez zamawiającego pozostałych czynności, opisanych w zaskarżonym wyroku (...), było prawidłowe ? Sam stan faktyczny w sprawie nie był bowiem między stronami sporny, stąd zbędne było prowadzenie przez Sąd Okręgowy postępowania dowodowego, zaproponowanego w pkt 2 b – f skargi i dlatego też wnioski te oddalono.

Wskazać należy, że w uzasadnianiu zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza negatywnie oceniła możliwość skutecznego wniesienia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wadium w formie złożenia

oświadczeń o potrąceniu uznając, że wniesienie wadium w tej formie jest sprzeczne z treścią art. 45 ust. 6 ustawy o Pzp. W tym zakresie wskazywano na zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawową formą jest pieniądz, ale oprócz niego istnieje możliwość ustanowienia zabezpieczenia w postaci poręczeń bankowych, gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych oraz poręczeń dokonywanych przez Polską Agencję (...) Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (...). Uznano, że skoro wadium nie może być wniesione w szczególności w papierach wartościowych - akcjach, obligacjach, czekach, czy innych, to wykonawca nie może także dokonać potrącenia istniejącej wierzytelności względem zamawiającego, gdyż ustawa Pzp takiej możliwości (wniesienia wadium wskutek potrącenia) nie przewiduje. Wadium nie jest bowiem - zdaniem I. - należnością, którą można potrącić, nie jest też wierzytelnością, której zamawiający może dochodzić sędawnie, jak i nie ma ono charakteru realnego.

Mając na uwadze wyżej przedstawione poglądy doktryny i orzecznictwa, z poglądem tym należało się w ocenie Sądu Okręgowego zgodzić.

Celem wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę lub podmiot trzeci na rzecz zamawiającego) przez cały okres związania ofertą. Ze swej istoty wadium zabezpiecza bowiem roszczenia odszkodowawcze zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcy od zawarcia umowy finalnej. Przejściowo także, na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wchodzi ono także w status sankcji pieniężnej na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. „Z obligacyjnego punktu widzenia wadium skutkuje w dwóch stosunkach prawnych: wielostronnym z założenia stosunku proceduralnym (przetargowym) oraz wykreowanym w wyniku wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej dwustronnym stosunku umowy przedwstępnej. Odrębna regulacja wadium w prawie zamówień publicznych nie zmienia jego znaczenia prawnego. Uzupełniająco trzeba zatem sięgnąć do unormowań przepisu art. 70⁴ k.c. wskazujących na zabezpieczający, a zatem pieniężno – obligacyjny charakter wadium oraz swoistą konsekwencję jego zaniedbania, w postaci niedopuszczenia do przetargu. Zasadnicza rola wadium sprowadza się do tego, aby wykonawca zawczasu został zmuszony do rozważenia i realistycznego ukształtowania swojej oferty tak, aby w wypadku jej przyjęcia liczył się z potrzebą zawarcia, a zatem wykonania, umowy na zaproponowanych warunkach” (tak: „System zamówień publicznych w Polsce” pod redakcją Jacka Sadowego, UZP Warszawa 2013, str. 226 - 227).

Wadium stanowi więc surogat odszkodowania. Obok funkcji zabezpieczającej pełni także funkcję rekompensacyjną. Wykonawcy uchylającemu się od obowiązku zawarcia umowy finalnej nie może grozić nic więcej, niż utrata wadium, a dochodzenie odszkodowania uzupełniającego jest wykluczone. Zastrzeżenie wadium skutkuje więc w tym sensie, że obciąża wykonawcę określonym świadczeniem pieniężnym.

Skoro tak, to wskazać należy, że złożenie oświadczenia o potrąceniu (i to obojętnie, czy skutecznego w świetle przepisów art. 498 - 505 kodeksu cywilnego, czy też nie) przez wykonawcę (ów) przysługujących im względem zamawiającego wierzytelności nie spełnia wymogów uiszczenia wadium w formie przewidzianej w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. Mimo bowiem niewątpliwych, idących w ślad za tymi oświadczeniami księgowani i pomniejszenia kwoty zadłużenia spółki (...) względem skarżących, nie sposób było uznać, że wskutek samego złożenia oferty przez konsorcjum, powstała tym samym po stronie zamawiającego wierzytelność z tytułu wadium w stosunku do startujących w przetargu wykonawców. Konsekwencją nieuiszczenia wadium przez przedmiotowych wykonawców, działających w ramach konsorcjum, nie jest przecież powstanie po stronie zamawiającego roszczenia o zapłatę wadium i możliwość jego dochodzenia przed sądem, lecz wyłącznie konieczność wykluczenia takiego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nieuiszczenia wadium.

Nadto, o niedopuszczalności uznania za złożone „wadium” w formie oświadczenia o potrąceniu świadczy także fakt, że nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w jaki sposób zamawiający mógłby zwrócić wykonawcom wadium w przypadku, gdyby to nie ich oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, czy też została wycofana (art. 46 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) i to z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego (ust. 4 w/w przepisu), czy też jak zamawiający miałby zaspokoić się z tak złożonego wadium w przypadku zajścia sytuacji, opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, tj. braku

reakcji wygrywającego wykonawcy na wezwanie do złożenia stosowanych dokumentów, oświadczeń i informacji lub też w sytuacji odmowy podpisania przez wygrywającego umowy na warunkach określonych w ofercie, niewniesienia przez taki podmiot zabezpieczenia, czy też niemożliwości zawarcia umowy z takim wykonawcą z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przyjęcie przez ustawodawcę pieniądza za dozwoloną formę wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego daje zamawiającemu możliwość zaspokojenia się w opisanych wyżej sytuacjach i swobodnego dysponowania kwotą wpłaconą na konto zamawiającego, zaś takiej swobody nie daje z pewnością złożenie przez wykonawcę oświadczenia o potrąceniu.

Nota bene, wymuszenie niejako w ten sposób dokonania zapłaty przez zamawiającego na rzecz wykonawcy, z którym zamawiającego łączyły wcześniejsze umowy, a z których to umów należności nie były rozliczone i mogą być nienależne – np. wobec powstania po stronie zamawiającego roszczenia chociażby z tytułu kar umownych - z pewnością nie mieści się w katalogu sposobów wniesienia wadium, jaką miał na myśli racjonalny ustawodawca, kształtujący tę kwestię w art. 45 ust. 6 i art. 46 ustawy Pzp, w sposób maksymalnie zabezpieczający interes zamawiającego.

Z tych też względów nie miały znaczenia rozważania poczynione przez konsorcjum w piśmie procesowym z dnia 11 lutego 2015r., a zmierzające do wzmocnienia argumentacji skargi i wykazania, że art. 45 ust. 6 ustawy Pzp nie zawiera jednak zamkniętego katalogu sposobów jego wniesienia. Jak wskazywano jednak już wyżej, celowościowa wykładnia tego przepisu prowadziła samą Izbę do stwierdzenia w swoich orzeczeniach, że istotne jest to, że wadium zostało wniesione w formie, która została dopuszczona na mocy przepisu art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, a więc w formie pieniędzy, zaś sam sposób przekazywania pieniędzy na poczet wadium nie może dyskredytować oferty. Z całą stanowczością podkreślano, że nie ma on wpływu na skuteczność zabezpieczenia roszczeń zamawiającego, gdyż cel ustanowienia wadium w żaden sposób nie zostanie naruszony. Stanowisko to Sąd Okręgowy w pełni podziela i wskazuje, że w niniejszej sprawie konsorcjum nie uiściło wadium w pieniądzu, a chciało je wnieść w formie oświadczeń o potrąceniu i to ta kwestia, a nie droga wniesienia wadium, była ważąca dla oceny zaistniałego w sprawie stanu faktycznego i uznania, że skarżący nie wnieśli wadium w wymagany ustawą Pzp sposób.

Nie wypowiadając się więc co do samej skuteczności złożonych oświadczeń o dokonaniu potrącenia w świetle przepisów kodeksu cywilnego, która to kwestia nie była ważącą w sprawie, stwierdzić należało, że zdaniem Sądu Okręgowego, wykonawcy działający w ramach konsorcjum nie uiścili wadium w formie pieniądza, przewidzianej przepisami prawa o zamówieniach publicznych (art. 45 ust. 6 pkt 1), co zasadnie skutkowało uwzględnieniem przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania spółki (...), nakazaniem zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru w ramach Pakietu nr 2 oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia oferty skarżących.

Tym samym nie można było uznać za zasadną skargi wykonawców od wyroku (...) z dnia 17 października 2013r., co skutkowało jej oddaleniem w pkt 1 wyroku, zgodnie z art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pkt 2 wyroku zasądzono zaś od wykonawców Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. (lider) oraz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. solidarnie na rzecz zamawiającego Zarządu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w E. kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania związanego z rozpoznaniem skargi. Wobec tego, że skarga konsorcjum została oddalona, podstawą rozstrzygnięcia o kosztach sądowych była zasada odpowiedzialności za wynik sprawy, wyrażona w treści art. 198f pkt 5 ustawy Pzp w zw. z § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...) i odzwierciedla ono wysokość kosztów zastępstwa procesowego zamawiającego, reprezentowanego przez profesjonalnego pełnomocnika w osobie radcy prawnego.