

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 września 2008 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Ewa Gonczarek

SSO Jolanta Bojko

SSR (del.) Katarzyna Zawislak (spr.)

Protokolant: Anna Prochoń

na rozprawie w dniu 18 września 2008 r. we Wrocławiu

sprawy ze skargi Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. we Wrocławiu

przy udziale Gmina Wrocław Urząd Miejski Wrocławia oraz Sevibus Polska Marcinkowski i SIP spółka komandytowo-akcyjna we Wrocławiu, Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu

na skutek skargi wniesionej przez Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. we Wrocławiu od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 663/08

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz uczestnika postępowania Gminy Wrocław Urząd Miejski Wrocławia 900,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od skarżącego Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz uczestnika postępowania Sevibus Polska Marcinkowski i SIP spółka komandytowo-akcyjna we Wrocławiu, Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę 900,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

X Ga 260/08

UZASADNIENIE

W dniu 30 czerwca 2008 r. Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. we Wrocławiu wniosły odwołanie od decyzji Wydziału Zamówień Publicznych Urzędu Miejskiego we Wrocławiu z dnia 14 maja 2008 r. w której oddalono protest skarżącego dotyczący postępowania o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na "świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gminy Czernica" pod sygnaturą ZP/PN/78/2008/WTR. Protest został wniesiony wobec zaniechania przez zamawiającego - tj. Gminy Wrocław Urzędu Miejskiego Wrocławia czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy: Konsorcjum - Sevibus Polska Marcinkowski i SIP Sp. z komandytowo - akcyjna we Wrocławiu oraz Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Wnoszący odwołanie zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- art. 7 ust. 1 w zw. Z art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- innych przepisów wymienionych lub wynikających z treści uzasadnienia protestu i odwołania.

I powołując się na powyższe zarzuty wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- dokonania czynności wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum Sevibus i odrzucenia jego ofert;
- dokonania ponownego wyboru ofert najkorzystniejszej.

Postępowanie wywołane wniesieniem odwołania Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. we Wrocławiu toczyło się przed Krajową Izbą Odwoławczą przy udziale Konsorcjum - Sevibus Polska Marcinkowski i SIP Sp. z komandytowo - akcyjna we Wrocławiu i Bus Marco Polo Wratiscavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu, które skutecznie zgłosiło przystąpienie do tego postępowania.

Wyrokiem z dnia 14 lipca 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064,00 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz dokonać zwrotu kwoty 15.936,00 zł na rzecz wnoszącego odwołanie.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków odwoławczych, gdyż jego oferta w rankingu oceny ofert została sklasyfikowana na drugiej pozycji spośród tych, które nie podlegały odrzuceniu, a wykonawca nie został z postępowania wykluczony, wobec czego miałby on szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w przypadku potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów. Niemniej jednak stwierdziła ona, że zarzuty wskazywane w odwołaniu nie okazały się zasadne, w szczególności zaś bezpodstawny okazał się podstawowy zarzut naruszenia 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zarzut złożenia oferty niezabezpieczonej wadium.

Ustalono, że zamawiający w rozdziale XIV pkt. 1 a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanych dalej SIWZ) zastrzegł, że "każdy wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości 40.000 zł, przy czym może być ono wniesione m.in. w pieniądzu - przelewem na rachunek bankowy w Banku Zachodnim WBK 1 O/ Wrocław. Konsorcjum - Sevibus Polska Marcinkowski i SIP Sp. z komandytowo - akcyjna we Wrocławiu i Bus Marco Polo Wratiscavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu w dniu 3 czerwca 2008 r. dokonali we wskazanym Banku wpłaty gotówkowej w wysokości 40.000,00 zł na rachunek opisany w SIWZ. Pokwitowanie przedmiotowej dołączono do złożonej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w myśl którego wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego, stwierdziła iż wynika z niego w sposób jednoznaczny obowiązek bezgotówkowego rozliczenia wadium w drodze przelewu bankowego oraz wykluczyła możliwość dokonywania wpłat gotówkowych na rachunek zamawiającego, przy czym za nieistotne uznała to, czy wpłata byłaby dokonywana w kasie banku prowadzącego rachunek, czy też innego banku. Podkreśliła, że przelew stanowi rozliczenie bezgotówkowe i zgodnie z art. 63 ust. 3 pkt 1 i art. 63 c ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe polega na obciążeniu rachunku dłużnika określoną kwotą i uznaniu tą kwotą rachunku wierzyciela. Uznała jednak, że ustawodawca - w świetle powołanego przez odwołującego się art. 24 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - nie przewidział negatywnych konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób inny niż określony w art. 45 ust. 7 ww. ustawy. W myśl art. 24 list. 2 pkt. 4 powołanej ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium. Literalne brzmienie tego przepisu pozwala sformułować wniosek, że tylko brak wpłaty wadium na rachunku

wskazany przez zamawiającego, a więc jego niewniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Skoro zatem w spornym postępowaniu wymagana kwota zabezpieczenia wadliwego ofert została faktycznie wniesiona, a oferta Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i SIP Sp. z komandytowo - akcyjną we Wrocławiu i Bus Marco Polo Wroclavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu była skutecznie zabezpieczona, poprzez fakt spoczywania na rachunku bankowym zamawiającego wymaganej kwoty, z której może on w każdej chwili się zaspokoić (w sytuacjach określonych prawem) cel wadium został osiągnięty. Dlatego też Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i SIP Sp. z komandytowo - akcyjną we Wrocławiu i Bus Marco Polo Wroclavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu nie mogło zostać wykluczone z postępowania przetargowego ze względów na brak wadium, skoro zostało ono faktycznie wniesione. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej ustawodawca nie przewidział negatywnych konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób inny niż określony w art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Czynność dokonania wpłaty wadium w sposób inny niż określony wskazanym przepisem mogłaby być - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - oceniana co najwyżej w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako niezgodność oferty z przepisami ustawy. Ponieważ jednak Izba, stosownie do treści art. 191 ust. 3 ww. ustawy nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, brak było podstaw do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie wskazanego przepisu, który nie został powołany wśród rozpoznawanych zarzutów.

W dalszej części uzasadnienia stwierdzono, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. wystawienia pełnomocnictwa dla Konsorcjum przez osobę nieuprawnioną. Jak wynika bowiem z wypisu z KRS - u dołączonego do oferty Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i SIP Sp. z komandytowo - akcyjną we Wrocławiu i Bus Marco Polo Wroclavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu Krzysztof Dyla i Roman Miernik byli osobami uprawnionymi do reprezentowania Bus Marco Polo Wroclavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu. Uprawnienia te zostały potwierdzone poprzez złożenie uchwały wspólników z dnia 26 maja 2008 r., w którym podpisujący pełnomocnictwo Krzysztof Dyla został powołany na stanowisko Prezesa Zarządu Spółki na dalszą kadencję. Wobec czego istniała faktyczna ciągłość w pełnieniu tej funkcji.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołujący oświadczył na rozprawie, iż zostały one umieszczone w odwołaniu omyłkowo (gdyż wcześniej zostały już one uwzględnione przez podmiot organizujący przetarg), dlatego też Izba odstąpiła od ich rozpatrzenia. W uzasadnieniu wskazano też, że rozstrzygnięci o kosztach oparto o art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyników postępowania.

W dniu 31 lipca 2008 r. Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. we Wrocławiu wniosły skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżając go w całości i zarzucając w szczególności:

- naruszenie przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego;
- naruszenie przepisu art. 188 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału;
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż nie ma podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, podczas gdy należało je wykluczyć z udziału w postępowaniu, z uwagi na złożenie oferty nie zabezpieczonej wadium.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez nakazanie wykluczenia Konsorcjum oraz odrzucenia jego oferty. Jednocześnie zgłoszono wniosek o zasądzenie od przeciwnika kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym oraz dopuszczenie w poczet materiału dowodowego dokumentów zgromadzonych w dotychczasowym postępowaniu oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego.

W uzasadnieniu skargi podniesiono, że wadium składane w pieniądzu wnosi się przelewem na

rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego (art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych). Przepisy regulujące postępowanie przetargowe - zdaniem skarżącego - wykluczają dokonywanie wpłat gotówkowych tak w kasie jak i na rachunek zamawiającego i to niezależnie od tego, czy wpłata taka dokonywana byłaby w kasie banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, czy też zupełnie innego banku. Wniesienie wadium w formie gotówkowej na rachunek zamawiającego należy uznać za niedopuszczalną

*

formę zabezpieczenia oferty, co w konsekwencji skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt. 4 ww. ustawy.

Skarżący zakwestionował prawidłowość tezy postawionej przez Krajową Izbę Odwoławczą jakoby wniesienie wadium w inny sposób, niż określony w art. 45 ust. 7 winno być rozważane w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli jako niezgodność oferty z przepisami ustawy. Skoro bowiem z mocy odesłania z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielanie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej, to przez ofertę należy rozumieć treść złożonego oświadczenia woli, którym jest zapewnienie o wykonaniu przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ. Powinna być ona sformułowana w taki sposób, żeby umowa mogła dojść do skutku bez potrzeby przeprowadzenia dalszych pertraktacji. Dlatego oferta musi zawierać istotne postanowienia umowy (essentialia negotii) konieczne do ukształtowania treści umowy. W postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych oferta może, a czasami musi zawierać dalsze składniki (accidentalialia negotii i naturalia negotii), gdyż zamawiający w SIWZ wskazuje wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia i pozostałych kwestii istotnych dla wykonania zamówienia. Pełnomocnik skarżącej spółki podkreślił, że nawet przy przyjęciu rozszerzonej definicji oferty (sformułowanej przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r., 111 CZP 74/05) zgodnie z którą elementem oferty są także informacje, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to i tak wadium nie może zostać uznane ani za treść oferty, ani jej element. Wadium nie określa bowiem elementów przedmiotowo istotnych proponowanej umowy, nie zawiera żadnych elementów, które tę umowę charakteryzują i indywidualizują. Funkcją wadium jest zabezpieczenie zawarcia umowy, która to funkcja jest widoczna w przypadkach, kiedy uczestnik postępowania przetargowego uchylił się od zawarcia umowy. Dalszymi argumentami przemawiającymi za prezentowanym stanowiskiem są przypadki, w których wadium nie musi być wnoszone pomimo składania oferty oraz to, że wniesienie wadium nie wymaga zgody kontrahenta, podczas gdy oferta wymaga jej przyjęcia. W skardze podkreślono, że abstrahując od faktu że wadium ofertą nie jest, to skarżącemu nie można postawić zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia ani z sytuacją nie zachowania formy pisemnej, ani ze złożeniem oferty w języku obcym, ani - w końcu - z ceną wyrażoną w tysięcznych częściach złotego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się bowiem, że powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest jedna z trzech podanych wyżej przyczyn.

W rezultacie skarżący podkreślił, że wniesienie wadium w formie nie dopuszczonej w ustawie nie może skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z ustawą, albowiem w takich przypadkach wyklucza się wykonawcę z powodu nie wniesienia wadium, co potwierdza ustalone orzecznictwo Zespołu Arbitrów, w tym wyroki przykładowo powołane w skardze.

Podniósł też, że skoro ustawa zastrzega określone formy wniesienia wadium, to dla faktycznego wniesienia wadium konieczne jest zachowanie ustawowo określonej formy, przy czym jest ono bezwarunkowym wymaganiem proceduralnym, stanowiącym bezwzględną przesłankę uczestnictwa w postępowaniu. Nie można twierdzić, że w niniejszej sprawie wadium zostało skutecznie wniesione, skoro

222¹

wniesiono go w formie, której ustawa Prawo zamówień publicznych od wielu lat nie dopuszcza. Uznać zatem trzeba, że wniesienie wadium w niedozwolony ustawowo sposób oznacza, że wadium nie zostało skutecznie wniesione. W zaskarżonym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza przyjął jednak odmienne (niż powszechnie utrwalone) stanowisko, uzasadniając je - zdaniem skarżącego - lakonicznie literalnym

brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powołany przepis należy jednak interpretować łącznie z art. 45 ust. 6 pkt. 1, a ten z kolei z art. 45 ust. 7 powoływanej ustawy. Z przepisów tych wynika obowiązek wpłaty wadium wnoszonego w pieniądzu - przelewem na rachunek bankowy i tylko przy spełnieniu tych wynogów można mówić o tym, że wadium zostało wniesione. Przyjęcie innego stanowiska spowodowałoby, że katalog form wnoszenia wadium stałby się fikcją. Skarżący podkreślił przy tym, że celem unormowania z art. 45 ust. 6 jest ochrona interesów publicznych, w ten bowiem sposób eliminuje się ryzyko tzw. "prania brudnych pieniędzy"

We wniesionej skardze nie podnoszono już zarzutu nienależytego umocowania uczestnika postępowania.

Pismem z dnia 28 lipca 2008 r. Sevibus Polska Marcinkowski i SIP Sp. z komandytowo - akcyjną we Wrocławiu i Bus Marco Polo Wroclavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłosiły przystąpienie do postępowania odwoławczego zainicjowanego protestem złożonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego organizowanego przez gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gminy Czernica” pod sygn. ZP/PN/7 8/200 8/WTR, wnosząc o oddalenie odwołania od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W piśmie podkreślano, że dokonując wykładni przepisów art. 45 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 45 ust. 7 ustawy nie można kierować się jedynie ich literalnym brzmieniem lecz należy odnosić się do celu, który chciał osiągnąć ustawodawca poprzez wprowadzenie takich regulacji. Celem tym jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, co ma miejsce wówczas, gdy środki na zabezpieczenie znajdują się w dyspozycji zamawiającego na rachunku wskazanym w specyfikacji. Ponadto przystępujący podniósł, że art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy pozwala na wykluczenie tylko tych uczestników przetargu, którzy nie wnieśli wadium. Skoro zaś wadium zostało uiszczone przez konsorcjum wniesione we właściwym terminie (przed upływem terminu składania ofert) - co zamawiający sprawdził i potwierdził - nie wystąpiła podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W dniu 11 września 2008 r. przystępujący do postępowania wniósł odpowiedź na skargę, w której zgłosił wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 385 § 3 w zw. z art. 355 § 1 k.p.c. i art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, że wykonanie wyroku stało się zbędne. Wniosek ten został uzasadniony faktem ponownego badania i oceny ofert dokonanej przez zamawiającego po wydaniu wyroku będącego przedmiotem niniejszego postępowania w wyniku czego doszło do odrzucenia ofert skarżącego ze względu na występujący w jego ofercie błąd w obliczeniu ceny. W piśmie tym zgłoszono też wniosek ewentualny o oddalenie skargi (w sytuacji, gdy Sąd nie umorzy postępowania) podnosząc, że na gruncie zamówień publicznych interes prawny wykonawcy wykluczonego z postępowania lub którego ofertę odrzucono, zostaje ograniczony jedynie do zarzutów, których uwzględnienie może prowadzić do jego ponownego udziału w danym postępowaniu przetargowym. Skoro zatem - wobec odrzucenia oferty skarżącego w równoległe toczącym się postępowaniu - uwzględnienie przedmiotowej skargi nie może

*

doprowadzić do ponownego udziału skarżącego w postępowaniu przetargowym, to dążenie do unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może zasługiwać na uwzględnienie, bowiem jest ono realizacją jedynie interesu ekonomicznego, a nie interesu prawnego.

W piśmie tym zgłoszono również wniosek o zasądzenie kosztów postępowania od skarżącego na rzecz przystępującego do postępowania.

Odpowiedź na skargę wniosła również Gmina Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia we Wrocławiu.

W piśmie z dnia 14 sierpnia 2008 r. domagała się ona oddalenia skargi w całości i zasądzenia kosztów postępowania.

W piśmie tym podkreślono przede wszystkim, że świadczenie konsorcjum polegające na wpłaceniu wadium zostało spełnione zarówno we właściwym miejscu, jak i we właściwym terminie, wobec czego należy uznać, że wadium w pieniądzu wniesiono skutecznie, przez co została spełniona funkcja wadium i zabezpieczony interes zamawiającego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, stanowiący przedmiot skargi Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. we Wrocławiu, jest prawidłowy i znajduje oparcie w obowiązujących przepisach. Wbrew twierdzeniom skarżącego orzeczenie to nie narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowiło jedyny zarzut dotyczący naruszenia przepisów materialnoprawnych.

W rozpoznawanej sprawie ostatecznie przedmiotem sporu pozostała wyłącznie kwestia wadium, które - co jest niesporne - zostało przez uczestnika postępowania uiszczone gotówką, w kasie banku prowadzącego rachunek zamawiającego, tj. Gminy Wrocław - Urzędu Miejskiego we Wrocławiu. Stosownie do treści art. 45 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wadium, co do zasady, może być uiszczane w formie pieniężnej, obok takich form jak poręczenia bankowe lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, gwarancje bankowe, gwarancje ubezpieczeniowe i poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6 B ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Niemniej jednak w niniejszej sprawie zachodziła potrzeba dokonania oceny skuteczności złożenia wadium, a to wobec treści art. 45 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, który określa sposób uiszczenia wadium w formie pieniężnej. Powołany przepis stanowi, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że przepis art. 45 ust. 1 pkt 7 ustawy wyklucza możliwość uiszczenia wadium poprzez wpłatę gotówki w kasie zamawiającego. Takie stanowisko zostało zaprezentowane przez Marcina Płużńskiego (w: Komentarzu do Prawa zamówień publicznych, Warszawa 2007 r., s. 7), Jerzego Pieroga (który w: Prawo zamówień publicznych Komentarz, Warszawa 2005, s. 156 stwierdził: *"przepis ten można więc odczytać, jako eliminację możliwości wnoszenia*

wadium w gotówce poprzez wpłatę do kasy w siedzibie zamawiającego"), M. Stachowiak (w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, k.202). Podobna tezę zaprezentowano w wyroku ZAUZP z dnia 2 czerwca 2005 r., w którym czytamy: *„nie dopuszczalne jest wnoszenie wadium w formie gotówki w kasie oraz w wekslach z poręczeniem wekslowym banku"*. W niniejszej sprawie nie mamy jednak do czynienia z opisaną sytuacją, gdyż gotówka została uiszczona nie w kasie zamawiającego, ale w kasie banku prowadzącego rachunek wskazany w specyfikacji. Wbrew zaś twierdzeniom skarżącego zarówno w doktrynie, jak i judykaturze dalej idących wniosków - o niemożności wnoszenia wadium gotówką w kasie banku prowadzącego rachunek zamawiającego - nie jest powszechnie prezentowany. Odosobnione zdanie prezentuje - jak się wydaje - w tej kwestii jedynie Tomasz Kwieciński twierdząc: *„wadium może być wniesione w pieniądzu, przy czym ustawodawca wyłącza możliwość wniesienia wadium w gotówce"* (w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, s. 199).

Należy podkreślić, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej wadium, a wskazuje tylko formy jego wnoszenia. Przez wadium należy jednak rozumieć określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od której wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu przetargowym (por. art. 70⁴ k.c.). Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, a wraz z ofertą ma obowiązek przedstawić dokument potwierdzający wniesienie wadium. W omawianym przypadku Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i SIP Sp. z komandytowo - akcyjną we Wrocławiu oraz Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o. we Wrocławiu wpłacając w banku prowadzącym rachunek zamawiającego, na konto wskazane w SIWZ kwotę wymaganego wadium doprowadziło do tego, że w terminie otwartym do składania ofert do dyspozycji zamawiającego zostały pozostawione środki pieniężne, przez co osiągnięty został cel, któremu służy wadium. Za taki cel uważa się bowiem zabezpieczenie interesów zamawiającego poprzez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana. Stanowi ono zabezpieczenie ciężącego na oferencie obowiązku zawarcia umowy. Skoro zatem pieniądze stanowiące taką gwarancję wpłynęły na konto wskazane w SIWZ i w dacie rozstrzygnięcia przetargu znajdowały się na tym koncie zabezpieczając interesy wykonawcy, to nadmiernym formalizmem byłoby eliminowanie z przetargu

podmiotu, który wpłacił na wskazany rachunek wadium, tylko z tego powodu, że wpłata nastąpiła w kasie banku prowadzącego rachunek wskazany w SIWZ, a nie poprzez złożenie polecenia przelewu. Nawet uwzględniając fakt, że przepisy regulujące formy dokonywania wpłat wadialnych, służą wyeliminowaniu przypadków zjawiska tzw. "prania brudnych pieniędzy", to należy podkreślić, iż niewątpliwie banki posiadają procedury przyjmowania wpłat pieniężnych, które w takim samym stopniu, co kontrolowane przelewy, zabezpieczają obrót pieniędzy. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że poprzez uiszczenie wymaganej kwoty w kasie banku uczestnik postępowania uiszczył w istocie wadium i nie może być mowy o nie spełnieniu tego warunku specyfikacji.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wnioskując, że przepis ten nie przewiduje możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji gdy wadium zostało skutecznie wniesione. W myśl powołanego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie

>

okresu związania ofertą. Nie ma w nim mowy o złożeniu wadium w niewłaściwej postaci, więc nie można z niego wysuwać tak daleko idących wniosków, jakie życzyłby sobie skarżący. M. Stachowiak (w: M. Stachowiak i in., Prawo..., s.202) podkreślił, iż 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 zaś zgodnie ust. 6 uznać pieniądź, a nie drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto. Odmienne będzie wyglądać jedynie 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. Warto też w tym miejscu przywołać wyrok ZAUZP z dnia 6 lutego 2006 r. (UZP/ZO/0-285/06) w którym podkreślono, że wniesienie wadium jest dokonane w chwili gdy interes zamawiającego, postrzegany przez pryzmat celu wadium, jest zabezpieczony, czy też wyrok ZAUZP z 23 września 2004 r. (UZP/ZO/O-1532/04) głoszący, że o wniesieniu wadium w formie pieniężnej możemy mówić tylko wówczas, gdyby przed upływem terminu, o którym mowa w art. 45 ust. 3 ustawy kwota wadium znalazła się na koncie wskazanym przez zamawiającego. Z kolei w wyroku ZAUZP z dnia 20 czerwca 2007 r. (UZP/ZO/0-690/07) postawiono następującą tezę: „wykonawcę zgodnie a art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wyklucza się z postępowania, jeżeli nie wnieśli wadium. Przepis ten musi być interpretowany literalnie. Z faktu, że wadium było złożone w inny sposób, niż wynikający ze specyfikacji, nie można wyprowadzić tezy o braku wniesienia wadium". Z powyższego wynika, że w sytuacji uiszczenia na rachunek bankowy wskazany w specyfikacji warunków zamówienia kwoty wymaganego wadium nie możemy mówić o braku wadium, co z kolei implikuje wniosek o niemożliwości wykluczenia uczestnika postępowania z tego tylko powodu, że kwota ta nie wpłynęła drogą przelewu.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podnoszonych w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2008 r. należy podkreślić, że brak było podstaw do komentowania tezy postawionej w zaskarżonym wyroku, jakoby czynność dokonania wpłaty wadium w sposób inny niż określony w art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych mogłaby być rozważana w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, jako niezgodność oferty z przepisami ustawy. Słusznie bowiem zwrócono uwagę na treść art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w myśl którego Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Izba bierze pod uwagę z urzędu jedynie okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro zaś naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 nie skutkuje nieważnością postępowania przetargowego, a zarzut dotyczący niezgodności oferty z przepisami ustawy nie został podniesiony w odwołaniu Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. we Wrocławiu, to nie mógł on stanowić przedmiotu dalszych rozważań. Zresztą wnoszący skargę rozpoznawaną przez Sąd Okręgowy polemizuje z tezą postawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą, konsekwentnie uznając, że w niniejszej sprawie nie ma podstaw do zgłoszenia zarzutu naruszenia omawianego przepisu. W rezultacie, wobec nie zgłoszenia takiego zarzutu w skardze Sąd Okręgowy także nie był upoważniony do badania czy oferta była zgodna z przepisami ustawy i SIWZ, stosownie do reguł wynikających z art. 378 § 1 i 2 kpc w zw. z art. 194 § 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a określających związek sądu zakresem zaskarżenia.

"Nie było także podstaw do umorzenia niniejszego postępowania z uwagi na wynik równoległe toczącego się postępowania dotyczącego tego samego przetargu, w którym zapadła decyzja o odrzuceniu oferty Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. we Wrocławiu ze względu na występujący w jej ofercie błąd w obliczeniu ceny. Skoro bowiem postępowanie to nie zostało jeszcze zakończone, a to wobec złożenia skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przez uczestnika postępowania, to nie można było stwierdzić iż kontynuowanie niniejszego postępowania jest zbędne czy też postawić tezy o tym, że skarżący utracił interes prawny w zaskarżeniu orzeczenia stanowiącego przedmiot niniejszej sprawy.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy orzekł, jak w pkt I wyroku na podstawie art. 198 ust. 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi iż sąd oddala skargę, gdy jest ona bezzasadna a rozstrzygnięcie zapada w formie wyroku.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto na podstawie art. 98 k.p.c. nakazując stronie przegrywającej spór uiszczenie na rzecz pozostałych uczestników zwrot poniesionych przez nich wydatków. Na zasądzone w pkt. II i III wyroku koszty złożyło się jedynie wynagrodzenie profesjonalnych pełnomocników ustalone na podstawie § 12 ust. 1 pkt. 1 w zw. z § 10 ust. 4 i § 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.