

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 listopada 2010 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Janusz Kaspryszyn

SSO Anna Górna
SSR (del.) Rafał Cieszyński (spr.)

Protokolant: Dominika Olbert

Po rozpoznaniu w dniu 25 listopada 2010 r. we Wrocławiu

na rozprawie sprawy

skargi Konsorcjum wykonawców - Berger Bau Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (lider), Berger

Bau GmbH w Passau (Niemcy)

przy udziale zamawiającego Miasta Oleśnicy

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 4 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP/1356/09

I. oddala skargę:

II. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę 1.800 zł. tytułem kosztów postępowania skargowego.

gnatem

J .ter, . Up<3^r?wnifo» Sekretariatu
; St &ekr_{ecar}S S-.dOWV
W X Wydztlfj? One*-₄
,.....

Sąd_{7Q} AA os_{podarczym}

weerc. Wrocławiu

Olbert

Sygn. akt X Ga 367/09

Uzasadnienie

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 04 listopada 2009 r. Krajowa Izba

Odwoławcza w Warszawie, po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum) oraz Berger Bau GmbH z siedzibą w Passau (Niemcy) od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Oleśnica protestu z dnia 25 sierpnia 2009 r., oddaliła odwołanie, obciążając kosztami postępowania Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum) oraz Berger Bau GmbH z siedzibą w⁷ Passau (Niemcy).

Rozstrzygnięcie to zapadło w następujących okolicznościach: Gmina Oleśnica, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę kompleksu sportowo-rekreacyjnego w Oleśnicy - lodowiska z funkcją kortów, zapleczem socjalnym i fitness oraz przebudowę i rozbudowę basenu wraz z zagospodarowaniem terenu”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało Opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 25 czerwca 2009 r., nr 2009/S 119/172879. Pismem z dnia 18 sierpnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum), Berger Bau GmbH z siedzibą w Passau (Niemcy) o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami. Pismem z dnia 25 sierpnia 2009 r. Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, to jest zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy brak było podstaw prawnych do dokonania takiej czynności. Jednocześnie Odwołujący wniósł o uchylenie zaskarżonej czynności oraz zwrot wadium Odwołującemu. W dniu 31 sierpnia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc między innymi, iż bezsporną pomiędzy stronami jest okoliczność, że Odwołujący nie uzupełnił żądanego przez Zamawiającego wykazu sprzętu i narzędzi. Tym samym Zamawiający zobowiązany był zastosować art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p.. Pismem z dnia 08 września 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

Rozpoznając odwołanie Izba zważyła, iż Odwołujący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., uprawniającego go do wniesienia środków ochrony prawnej. Interes prawny może być bowiem rozumiany jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszym stanie faktycznym, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie można mówić o interesie prawnym wyrażającym się w możliwości uzyskania zamówienia. 'Paka okoliczność może wystąpić wyłącznie w sytuacji, gdy zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 46 ust. 4a ustawy' P.z.p. jest podnoszony łącznie z zarzutem nieuprawnionego wykluczenia wykonawcy z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty. Wówczas wykonawca nie traci możliwości uzyskania zamówienia. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona, a zasadności dokonania tej czynności Odwołujący nie kwestionował, gdyż - jak sam przyznał na rozprawie - uważał, że złożony przez niego dokument jest prawidłowy. Nie kwestionował też decyzji Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej. /Yrt. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. nakłada na Zamawiającego obowiązek zatrzymania 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. Jak już wyżej wskazano art. 179 ustawy P.z.p. stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Instytucja zatrzymania wadium nie

jest związana z samym uzyskaniem zamówienia, dlatego też Izba nie ma podstaw prawnych do rozpoznawania sprawy w tym zakresie, a co możliwym jest wyłącznie

wówczas, gdy zatrzymanie wadium związane jest z możliwością dalszego uczestniczenia wykonawców w postępowaniu, na skutek przywrócenia ich do udziału w postępowaniu w następstwie nieuprawnionego wykluczenia z postępowania, a więc dalszego ubiegania się o uzyskanie zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym wykonawca nie zostanie już przywrócony do postępowania (nie zakwestionował on w terminie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania), a zatrzymanie wadium nie jest związane z możliwością uzyskania przez niego zamówienia. Tym samym kwestia ta nie może być przedmiotem właściwym dla zastosowania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie P.z.p.. Zatrzymanie wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. nie jest bowiem sensu stricto czynnością podejmowaną przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzającą do zakończenia tego postępowania, poprzez zawarcie umowy. Oznacza to więc, iż działanie Zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium może być rozpatrywane wyłącznie w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, składanego do właściwego sądu powszechnego. Zatrzymanie wadium stanowi bowiem uszczerbek w sferze majątkowej Odwołującego, co również uniemożliwia Izbie rozpoznanie spraw⁶ w tym zakresie. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż nawet, gdyby doszło do rozpoznania merytorycznego podniesionego przez Odwołującego zarzutu (naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p.), z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy⁷ P.z.p., zezwalającego Izbie na uwzględnienie odwołania tylko w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania - a sytuacja taka nie zachodzi w niniejszym przypadku - przedmiotowe odwołanie nie mogłoby być uwzględnione. Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, iż przedmiotowe roszczenie może być dochodzone odrębnie na drodze cywilnej.

Skargę od tego wyroku złożyło Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider Konsorcjum) oraz Berger Bau GmbH z siedzibą w

31Stru

Passau (Niemcy), zaskarżając go w całości, zarzucając naruszenie przepisów art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 46 ust. 4a P.z.p. i art. 191 ust. 1a P.z.p. poprzez błędną interpretację i przyjęcie, że Skarżący nie ma interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynność Zamawiającego zatrzymania wadium.

Skarżący zarzucił, iż ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącym właściwości nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że wąskie rozumienie interesu prawnego jest wynikiem wyłącznie ściśle językowej wykładni art. 179 ust. 1. Powszechnie jednakże wiadomo, że wykładnia prawa jest procesem złożonym, dokonywanym w oparciu o różne wypracowane w teorii prawa modele i dyrektywy. Jest ona w istocie złożonym procesem interpretacyjnym, w oparciu o który odkodowując się z treści przepisu normę bądź normy prawne. Jedną z najistotniejszych współcześnie dyrektyw⁷ wykładni prawa jest dyrektywa, zgodnie z którą prawo krajowe nie może być interpretowane w taki sposób, by w wyniku przeprowadzonej wykładni osiągnięte w jej rezultacie wyniki, były sprzeczne z prawem europejskim. Możliwości składania środków ochrony prawnej przez wykonawców w procedurach o udzielenie zamówienia publicznego regulują dwie dyrektywy:

- dyrektywa Rady 89/665/EEG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane (Dz.U.UE.E.1989.395.33);
- dyrektywa Rady 92/13/EEG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U.UE.L.1992.76.14).

Obie powołane dyrektywy wskazują wprost, iż Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze są dostępne co najmniej dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która została poszkodowana lub jest zagrożona poszkodowaniem w wyniku domniemanego naruszenia. Państwa

Członkowskie mają przy tym zapewnić, że decyzje podjęte przez podmioty zamawiające mogą być przedmiotem skutecznego oraz w szczególności możliwie jak najszybszego odwołania. Identycznie nowa dyrektywa „odwoławcza” - dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U.UE.L.2007.335.31) w punkcie 17. Preambuly stanowi: „Procedura odwoławcza powinna przysługiwać co najmniej każdej osobie, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku domniemanego naruszenia”. Państwa Członkowskie UE zobowiązały się do stosowania zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego, co oznacza, że w razie sprzeczności pomiędzy normami krajowymi a normami wspólnotowymi organy stosujące prawo powinny wybrać przepis prawa wspólnotowego. Natomiast w przypadku, gdy dane przepisy nie mogą być bezpośrednio stosowane przez sądy krajowe, są one zobowiązane do takiej wykładni prawa krajowego, która będzie starała się uwzględnić cele prawa wspólnotowego (za A. Soltysińska, Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Zakamycz 2006, str. 14). Tak więc jasno stąd wynika, że interes prawny w uzyskaniu zamówienia powinien być rozumiany i pojmowany znacznie szerzej niż wynika to z wykładni językowej art. 179 ust. 1 P.z.p.. Kolejny argument, potwierdzający słuszność prezentowanych wyżej poglądów zyskujemy wówczas, gdy dokonamy interpretacji art. 179 ust. 1 P.z.p. w oparciu o kontekst historyczny wykładni. Powszechnie przyjmuje się, że proces wykładni danego przepisu rozpoczyna wykładnia językowa. Na rezultacie tej wykładni można poprzestać wyłącznie wówczas, gdy jest on jednoznaczny i nie stoi w sprzeczności z żadnym z potencjalnych wyników innej interpretacji, choć i to zdaje się być ryzykowne. Obecnie nauka podważa bowiem zasadę *elara non sunt interpretanda*, co sprawia że teoria prawa promuje niejako całościowe spojrzenie na przepis, zarówno pod kątem celowościowym, systemowym, funkcjonalnym, jak również w zgodzie z jego społecznym czy historycznym kontekstem. Ow kontekst historyczny odkryjemy, gdy dokonamy wykładni art. 179 ust. 1 P.z.p. w⁴ oparciu o działania nowelizacyjne ustawodawcy. W dniu

5| . ■

23 października 2009 r. Sejm uchwalił nowelizację P.z.p., dostosowującą zasadniczo P.z.p. do zacytowanej już nowej dyrektywy odwoławczej. W konsekwencji tego przepis art. 179 ust. 1 P.z.p. otrzymać ma zasadniczo odmienne brzmienie, zgodne jednak z dotychczasowymi dyrektywami odwoławczymi 89/665/EWG i 92/13/EWG: „Środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. Odnosnie analizowanego problemu identyczne stanowisko, jak podnoszone przez Skarżącego, zajął również Europejski Trybunał Sprawiedliwości:

- ETS podniósł, iż państwa członkowskie nie mogą nadawać pojęciu „interes w uzyskaniu zamówienia” takiego znaczenia, które pozbawiałoby wspomnianą dyrektywę zamierzonego skutku (Orzeczenie ETS z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-410/01 (ECR 2003, str. I 6413), pkt 32-35 oraz orzeczenie z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02, pkt 40);
- w sprawie nr C-81/98 (ECR I-07671) ETS stwierdził, że wykonawca ma prawo kwestionować każdą decyzję zamawiającego, niezależnie od jej treści i formy (za Z. Raczkiewicz, Zamówienia publiczne w orzeczeniach ETS, Przetargi Publiczne 2008, str. 47);
- w sprawie nr C-249/01 (ECR I-06319) ETS stwierdził, że dostępność procedur odwoławczych określonych przez dyrektywę 89/665/EWG nie jest ograniczona

wyłącznie do podmiotów zainteresowanych zdobyciem danego zamówienia, którzy zostali poszkodowani bądź którym grozi poszkodowanie na skutek podejrzanego przez nich naruszenia przepisów przez zamawiającego (tamże, str. 48);

- podobnie ETS w sprawie nr C-230/02 - ECR I-01829, nr C-26/03 - ECR I-00001 (tamże, str. 49-50).

ETS stwierdził przy tym, że państwo członkowskie nie może nadto uzależnić dostępności środków ochrony prawnej od osiągnięcia określonego etapu przez daną procedurę udzielania zamówienia publicznego.

Reasumując, należy podkreślić, że dokonując wykładni pojęcia „interes prawny”

6| - n

na tle P.z.p. należy, w świetle dyrektyw unijnych i orzeczeń ETS, uznać, że interes w uzyskaniu zamówienia ma być rozumiany szeroko. Interes prawny nie może być więc wiązany wyłącznie z utratą szans przez wykonawcę na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Stanowisko takie zajmowała także sama Krajowa Izba Odwoławcza:

- w wyroku z dnia 15 kwietnia 2009 r., (KIO/UZP 409/09) stwierdziła, że podlega ochronie w postępowaniu o udzielenie zamówienia właśnie szeroko rozumiany interes prawny. Uzasadnieniem dla wnoszenia środków⁷ prawnych w sytuacjach naruszenia interesu sensu largo, jest zapewnienie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzące do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą. Zaskarżona czynność Zamawiającego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach i niesie za sobą poważne konsekwencje finansowe dla Odwołującego, czym narusza jego słuszny interes;

- nadto w wyroku z dnia 27 kwietnia 2009 r. (KIO/UZP 488/09) Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że w konkretnych przypadkach art. 179 ust. 1 P.z.p. nie może być ograniczany wyłącznie do interesu prawnego w wąskim rozumieniu pojęcia „uzyskania zamówienia”. Takie rozumienie prowadziłoby do niemożności kwestionowania czynności zamawiającego narażających go na uszczerbek materialny w postaci zatrzymania wadium.

Innymi słowy, Skarżący uwzględniając ustawodawstwo unijne był uprawniony do składania środków⁸ ochrony prawnej na czynność zamawiającego zatrzymania wadium, nawet jeżeli Skarżący nie kwestionował czynności wykluczenia go z postępowania (Skarżący tego nawet uczynić nie mógł, nie spełniając warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego sprzętu). Na tej zasadzie zaskarżony wyrok KIO oparty na literalnym brzmieniu art. 179 ust. 1 P.z.p. w związku z powołanym przez KIO art. 191 ust. 1a P.z.p., stoi w sprzeczności z prawem wspólnotowym. Reasumując skarżący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza była organem właściwym do merytorycznego rozpoznania odwołania i tym samym Sąd Okręgowy jest właściwy do merytorycznego rozpoznania skargi. Trzeba bowiem podkreślić, że Skarżący poszukiwać może obecnie ochrony prawnej wyłącznie na drodze przedmiotowego postępowania skargowego. Wadium złożone zostało bowiem w formie gwarancji bankowej, z której nie nastąpiła jeszcze wypłata i tym samym brak jest roszczenia o zapłatę. Interes prawny odnajdujemy wyłącznie w⁹ rzeczywistym, a nie potencjalnym jego naruszeniu. Z uwagi na rodzaj zabezpieczenia wadium nie przysługuje także Skarżącemu roszczenie o ustalenie nieistnienia stosunku (zobowiązania do zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego). Roszczenie takie przysługiwałoby jedynie gwarantowi względem Zamawiającego (beneficjenta gwarancji wadialnej). Tym samym Skarżący w demokratycznym państwie prawa nie może być pozbawiony ochrony prawnej. Jako że decyzja o zatrzymaniu

wadium podjęta została w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obrana przez Skarżącego droga poszukiwania ochrony prawnej jest jak najbardziej właściwa i w obecnym stanie faktycznym - możliwa jako jedyna.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, iż postanowieniem z dnia 05 stycznia 2010 r. na podstawie art. 390 § 1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy — Prawo zamówień publicznych - Sąd Okręgowy przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia, powstałe przy rozpoznawaniu skargi, zagadnienie prawne, budzące poważne wątpliwości Sądu Okręgowego, a sprowadzające się do wniosku o rozstrzygnięcie, czy wykonawca, którego oferta została odrzucona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale - VI ustawy — Prawo zamówień publicznych w zakresie kwestionowania przez niego czynności zamawiającego, polegającej na zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami w trybie art. 46 ust. 4a ustawy — Prawo zamówień publicznych.

Postanowieniem z dnia 27 maja 2010 r. (sygn. akt III CZP 25/10; SIP numer 602808) Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwwały.

Jednakże jak wynika z tezy postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 07 maja 2010 r. (sygn. akt V CSI< 456/09; SIP I J.X nr 599571) wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w konsekwencji przyjąć, że wykonawcy którego wadium zatrzymano przysługują środki prawne określone w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Konsekwentne stanowisko w zakresie wykładni pojęcia interesu prawnego zawiera także teza do orzeczenia z dnia 27 maja 2010 r. stanowiąca, iż wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu 179 P.z.p. zmienionego ustawą z dnia 02 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, to jest obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku.

W świetle powyższego, za rozstrzygający uznać należy ten kierunek wykładni, w tym także w stanie prawnym przed nowelizacją, co również szeroko zostało umotywowane w uzasadnieniu do postanowienia z dnia 05 stycznia 2010 r.

Przechodząc zatem do istoty skargi, która winna podlegać merytorycznemu rozpoznaniu, to zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 4a P.z.p. 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.

Zgodnie zatem z brzmieniem art. 26 ust. 3 P.z.p. zamawiający wzywa wykonawców⁷, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw⁷, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy

złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Powołany zatem przepis art. 46 ust. 4a P.z.p. wskazuje, że w przypadku, gdy wykonawca prawidłowo wezwany do uzupełniania dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw przez zamawiającego działającego na podstawie art. 26 ust. 3 nie uzupełni żądanych dokumentów, to wypełniona jest przesłanka zatrzymania wadium wpłaconego przez takiego wykonawcę. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, kiedy nieuzupełnienie oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw wynika z przyczyn nieależących po stronie wykonawcy, a więc od niego niezależnych, zewnętrznych. Przepis ten odstępuje od zatrzymania wadium jedynie w sytuacjach, kiedy nie doszło do podpisania umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a dotyczy również takich wykonawców, którzy złożyli oferty sklasyfikowane na dalszych pozycjach (w tym ostatniej). Pierwszym elementem składającym się na okoliczności uprawniające do zatrzymania wadium jest wezwanie przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 — a więc żądanych przez zamawiającego w celu potwierdzenia braku zajścia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz pełnomocnictw, o ile czynności w postępowaniu po stronie wykonawcy wykonywał pełnomocnik. Jeżeli wykonawca dokumentów takich nie uzupełni oraz nie może udowodnić, że brak uzupełnienia wynikał z okoliczności od niego niezależnych, spełniona jest dyspozycja przepisu nakazująca zatrzymanie wadium. Przepis o zatrzymaniu wadium jest więc pochodną przepisu dotyczącego uzupełnienia dokumentów — stąd niezbędna jest wnikliwa analiza tego uregulowania. Jeżeli w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawca nie przedstawi żądanych oświadczeń i dokumentów lub też przedłoży takie dokumenty i oświadczenia, które nie spełniają wszystkich wymagań im postawionych, np. odnośnie do treści, to zachodzą pierwszy warunek zatrzymania wadium. Nie można tu zgodzić się z tezą przedstawioną w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych (opublikowana na stronie internetowej), w której autorzy próbują wymienić sytuacje, gdzie pomimo nieprzedłożenia wymaganych dokumentów wadium nie powinno być zatrzymane — do takich sytuacji zaliczają oni m.in. fakt niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Argumentacja UZP opiera się przy tym m.in. na uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, wprowadzającej ten przepis, gdzie wskazywano na zapobieganie znowom wykonawców, jako kontrargument należy wskazać jednak, że przepis art. 46 ust. 4a posługuje się identycznym pojęciem jak przepis art. 26 ust. 3. Nie ma więc podstaw do interpretowania użytego przez ustawodawcę zwrotu „nie złożył oświadczeń i dokumentów”, o których mowa w art. 25 ust. 1” inaczej niż w obu wskazanych przypadkach. Tezę taką potwierdza również orzecznictwo — w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 268/09, niepubl., Sąd Okręgowy w⁷ Gliwicach zauważył, iż nawet jeśli u podstaw zmiany przepisu art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. leżała potrzeba przeciwdziałania procederowi umyślnego i celowego nieuzupełnienia dokumentacji na wezwanie zamawiającego dla uzyskania zamówienia za cenę wyższą niż faktycznie umożliwiająca jego wykonanie, z treści wskazanego przepisu nie wynika takie zawyżenie jego zastosowania, tj. aby jedynie w takim przypadku miał on zastosowanie. Wręcz przeciwnie, przepis ten jest sformułowany szeroko i powinien mieć zastosowanie do każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, bowiem przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał zamawiający de facto oznacza fizyczny brak prawidłowego dokumentu (Komentarz do art. 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 10.113.759), (w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lj7X, 2010, wyd. IV.).

Sąd Okręgowy¹ w składzie rozpoznającym sprawę w pełni podziela to stanowisko. Błędny zatem jest ocena skarżącego odnosząca się wyłącznie do raho legis wprowadzającej normę art. 46 ust. 4a P.z.p., a nie odnosząca się do jego brzmienia, które nie zawiera przesłanki badania zamiaru wykonawcy.

Wskazać zatem należy, iż zatrzymanie wadium następuje w każdym przypadku niedostarczenia żądanych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Jediną możliwością uchronienia się wykonawcy w takiej sytuacji od utraty wadium jest wykazanie, że niedostarczenie spowodowane jest przyczynami nieleżącymi po jego stronie (tak też: Jerzy Pieróg [w:] *Prawo Zamówień Publicznych - Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck; Warszawa 2009 r.; k. 206).

Przepis artykułu 26 ust. 3 P.z.p. dotyczy instytucji uzupełniania dokumentów. Celem instytucji uzupełniania dokumentów jest stworzenie możliwości uzyskania wniosku lub oferty poprawnych pod względem oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo pierwotnych braków lub uchybień. Uzupełnianie dokumentów dotyczy dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawę⁷, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, oraz pełnomocnictw. W zakresie dokumentów są to z jednej strony dokumenty dotyczące właściwości podmiotu — potwierdzające, że dany wykonawca spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, z drugiej zaś - dokumenty odnoszące się do przedmiotu oferty - dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę, które potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Do tej grupy należeć będą zaświadczenia potwierdzające spełnienie norm lub wymogów specyfikacji technicznych przez określone produkty będące przedmiotem zamówienia, a w przypadku głównie usług i robót budowlanych — poświadczenia zgodności działań wykonawcy z odpowiednimi europejskimi normami jakościowymi i zarządzania środowiskiem. Instytucji uzupełniania dokumentów nie można odnosić do innych elementów oferty (np. brakujących pełnomocnictw, tabel kalkulacji ceny itp.). W kontekście dokumentów odnoszących się do przedmiotu zamówienia warto zauważyć, że instytucja uzupełniania dokumentów nie może prowadzić do zmiany treści oferty. Artykuł 87 ust. 1 wyraźnie stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmian w jej treści innych niż poprawienie oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych. Uzupełnienie dokumentów potwierdzających cechy oferowanych produktów, usług czy robót budowlanych nie może więc prowadzić do zmiany treści złożonej przez wykonawcę oferty. Przez przedstawienie dodatkowych dokumentów nie może dojść w postępowaniu do zmiany zaoferowanego produktu, usługi czy sposobu wykonania robót budowlanych, byłoby to bowiem złamaniem normy wyrażonej w art. 87 ust. 1. Co do zasady zamawiający ma obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez wykonawców zarówno dokumentów, jak i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego w⁷ każdym przypadku, gdy stwierdzi brak któregokolwiek z nich. Należy przyjąć, że sytuacja ta dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń niezłożonych przez wykonawcę, jak i złożonych nieprawidłowo (Komentarz do art. 26 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jęrzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2010, wyd. IV).

Zgodnie zatem z punktem IX 1.9. Specyfikacji Istotnych Warunków⁷ Zamówienia w⁷ celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający wymagał wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca, minimum: środek transportowy, żuraw⁷ samochodowy, koparka gąsienicowa, koparka kołowa, spycharka, walec statyczny samojedźny, wózek widłowy spalinowy, zagęszczarka wibracyjna, agregat tynkarski, pompa głębinowa — elektryczna, rusztowanie systemowe, pila tarczowa, spawarka

elektryczna, inne.

Jak wynika zaś z analizy wykazu zawartego na stronie 247 oferty skarżącego, nie zawierał on przynajmniej informacji w przedmiocie: żurawia samochodowego, koparki gąsiennicowej, walc statycznego samojezdnego, wózka widłowego spalinowego i agregatu tynkarskiego.

Bezspornym przy tym w niniejszym postępowaniu był fakt, iż zamawiający wezwał skarżącego pismem z dnia 11 sierpnia 2009 r. w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez uzupełnienie wykazu sprzętu i narzędzi, którym dysponuje wykonawca (karta 247), wskazując iż z dołączonego wykazu nie można było jednoznacznie stwierdzić czy wykonawca dysponuje sprzętem w postaci: żurawia samochodowego, koparki gąsiennicowej, walc statycznego samojezdnego, wózka widłowego spalinowego i agregatu tynkarskiego.

W określonym terminie do dnia 17 sierpnia 2009 r. do godziny 10.00 wykonawca nie uzupełnił braków w tym zakresie. W toku postępowania nie przeczył temu faktowi, nie wskazując przy tym przyczyn usprawiedliwiających; kwestionując jednocześnie zasadność czynności zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków.

Z tym stanowiskiem skarżącego zgodzić się nie sposób. W ocenie Sądu Odwoławczego przystąpienie wykonawcy do postępowania przetargowego stanowi deklarację spełnienia wymogów SIWZ. Zgodnie z art. 22 P.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Nie można zatem przyjąć, iż w świetle regulacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dopuszczalnym byłby udział w postępowaniu przetargowym wykonawcy świadomie deklarującego niespełnianie wymogów SIWZ, tak jak zdaje się sugerować to skarżący. To zaś z kolei skutkowałoby jedynie koniecznością

14 ty

wykluczenia jego oferty, podczas gdy celem postępowania jest wyłonienie najkorzystniejszej oferty. Stąd zaś ustawodawca przewidział cały tryb uzupełniania braków z jednej strony, z drugiej zaś tryb dyscyplinujący nieojojalnych wykonawców.

To zaś determinuje wniosek, iż obowiązkiem zamawiającego było wezwać wykonawcę do uzupełnienia braków oferty; obowiązkiem wykonawcy zaś je uzupełnić, tak by oferta odpowiadała wymogom SIWZ. Brak zaś jakiegokolwiek odpowiedzi wykonawcy skutkował prawidłowym zastosowaniem przez zamawiającego regulacji art. 46 ust. 4a P.z.p.

Jednocześnie całkowicie chybioną była argumentacja odnosząca się do wysokości wadium jako wskazującej na zbyt dotkliwy charakter sankcji art. 46 ust. 4a P.z.p. albowiem wysokość wadium nieści się w granicach wyznaczonych normą art. 45 P.z.p. i wynika z wartości przedmiotu zamówienia.

Mając zatem na względzie, iż skarga Konsorcjum firm w składzie: Berger Bau Polska Spółka z o.o. z siedzibą w-e Wrocławiu (lider konsorcjum) oraz Berger Bau GmbH z siedzibą w Passau (Niemcy), była bezzasadna na zasadzie art. 198 ust. 2 zd. 1 P.z.p. w zw. z art. 385 k.p.c. podlegała oddaleniu, o czym orzeczono jak w punkcie I. wyroku.

Orzeczenie o kosztach postępowania sądowego znajdowało podstawę w normie art. 198 ust. 5 P.z.p. w zw. z art. 98 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c. oraz przepisami § 4 ust. 1 pkt 2 b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 09 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz odpłatności kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Oz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 i § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego w urzędzie (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).