

W V R O K

W IMIENIU RZECZA'POSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 października 2009r.

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

Przewodniczącą: SSO Bolesław Wadowski (spr.)
Sędziowie: SO Jolanta Stępień-Kordiał
SO Bernard Ulwicz

Protokolant: Sylwia A. Damska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2009r. w Warszawie

sprawa ze skargi Konsorcjum firm Fin Skog S.A. w Warszawie, Comarch S.A. w
Krakowie, Astec GmbH Kreba-Neudorf

z udziałem przeciwnika skargi Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa
w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 24 lipca 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 877/09

1. oddała skargę,

2. zasądza od Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. w Warszawie, Comarch S.A. w
Krakowie, Astec GmbH Kreba-Neudorf na rzecz Agencji Restrukturyzacji
i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie kwotę 1200 zł. (jeden tysiąc dwieście
złotych) tytułem kosztów postępowania sądowego.

J: — ^ę ^ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY

yflPagodność

- / O/t

\s\ O !*

VZ\

I Izasadnic

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy- dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: I z. 1 J. z 2007 r., Nr 225, późn. zm.)¹ zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Modernizację i aktualizację baz danych Systemu (I.P1S) w tym opracowanie ortofotomapy oraz postaci wektorowej danych graficznych z integracją z częścią opisową dla obszaru 86 000 km²”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało Opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 4 lutego 2009 r., nr 2009/S 23-0334.32. Pismem z dnia 28 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Konsorcjum firm: Pin Skog S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie i ASTEC GmbH z siedzibą w Kreba-Neudorf, zwanego dalej „Odwołującym” o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami, podnosząc iż pismem z dnia 18 maja 2009 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu (o którym mowa w Rozdziale IX pkt 1 lit. j) SI WZ - Certyfikat operatora lotniczego (AWC) wraz ze specyfikacją, wydany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa), którego Odwołujący nie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w terminie

wyznaczonym przez Zamawiającego. Wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu miały służyć ustaleniu, czy nieuzupełnienie dokumentów zaistniało wskutek okoliczności zależnych, czy też niezależnych od wykonawcy. Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu, we wskazanym terminie wymaganego dokumentu, ani też żadnych przekonujących dowodów na okoliczność tego, iż braki jego oferty są od niego niezależne.

Pismem z dnia 5 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, zarzucając Zamawiającemu: naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez zatrzymanie wadium Odwołującego, pomimo braku zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie, oraz naruszenie przepisu art. 7 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Jednocześnie Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zatrzymania wadium Odwołującego. Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający pismem z dnia 18 maja 2009 r.

wezwał go do złożenia wyjaśnień celem udowodnienia, że nie /łożenie dokumentu, do złożenia którego wezwał Odwołującego, wynika z przyczyn nie/żących po stronie tego wykonawcy. Pismem z dnia 19 maja 2009 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, lecz, mimo tego wniesione przez niego wadium zostało zatrzymane. Jednocześnie podkreślił, iż art. 46 ust. 4a ustawy Pzp został wprowadzony w celu przeciwdziałania znowom przetargowym, co w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Odwołujący złożył ofertę w części I oraz V, jak również nie jest on powiązany z innymi wykonawcami, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie uchylałby się od zawarcia umowy, a wręcz dążył, korzystając ze środków ochrony prawnej, do uzyskania niniejszego zamówienia. Nadto podkreślił, iż w niniejszym stanie faktycznym nie można mówić o celowym nieuzupełnieniu jakiegokolwiek dokumentu, gdyż przedłożył dokumenty, na podstawie których firma ASTKC GmbH wykonuje w całej Europie prace odpowiadające zakresowi przedmiotowego zamówienia i dokumenty te nie są kwestionowane.

Pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. Zamawiający² rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc argumentację wskazaną już w piśmie informującym Odwołującego o zatrzymaniu wadium. Nadto dodał, iż Odwołujący załączył do oferty uznanie dla firmy Air Tempelhof Flügge-sellschaft mbH & Go, a nie dla firmy ASTKC GmbH, co potwierdził także

powołany w sprawie biegły (przedstawiciel Urzędu Lotnictwa Cywilnego),

Pismem z dnia 24 czerwca 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 24 lipca 2009 r. oddaliła odwołanie, zasądając na rzecz Zamawiającego koszty postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, 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 nie można mówić o interesie prawnym wyrażającym się w możliwości uzyskania zamówienia. Taka okoliczność może wystąpić wyłącznie w sytuacji, gdy zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 46 ust. 4a ustawy Pzp 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 wykluczenie Odwołującego z postępowania uzyskało już przymiot prawomocności. Zasadność wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania była już bowiem przedmiotem odrębnego protestu, a także odwołania rozpatrzonego przez Izbę wyrokiem z dnia 30 czerwca 2000 r. o sygn. akt: KIK ()/14.P 735/09 i KIO/UZP 738/09. Wyrok ten nie został zaskarżony przez Odwołującego. Izba stwierdziła, iż art. 46 ust. 4a ustawy Pzp 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 Pzp 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 więc 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 ze względu na nieuprawnione wykluczenie z postępowania, a więc dalszego ubiegania się o uzyskanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie faktycznym wykonawcą nie zostanie już przywrócony do postępowania (jego wykluczenie uzyskało już przymiot prawomocności), a zatrzymanie wadium nie jest związane z możliwością uzyskania przez niego zamówienia. Tym samym nie może być przedmiotem właściwym dla zastosowania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Zdaniem Izby zatrzymanie wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie jest *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 sprawy w tym zakresie. Jednocześnie stwierdzić należy, iż nawet gdyby doszło do rozpoznania merytorycznego podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, Izba w takim stanie faktycznym nie mogłaby uwzględnić odwołania, gdyż jego ewentualny zwrot nie miałby znaczenia dla wyniku postępowania, a tym samym nie mogłaby nakazać Zamawiającemu zwrotu wadium, zatem wykonawca *de facto* pozbawiony jest możliwości dochodzenia swoich roszczeń majątkowych w systemie środków ochrony prawnej ustanowionych w Pzp. Wobec niestwierdzenia naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa zamówień publicznych Izba odwołanie oddaliła.

Od powyższego wyroku Konsorcjum firm, flu Skog S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie i AS"1 b'C GmbH z siedzibą w Kreba-Neudorf wniosło skargę na podstawie przepisów art. 194 ust. 1 oraz art. 195 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2007 Nr 223 późn. 1655 z późn. zmianami).

Skarżący zarzucił naruszenie przepisu art. 184 ust. 6 Pzp poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), w tym art. 194 § 1 k.p.c.; naruszenie przepisu art. 190 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz nieuwzględnienie przy interpretacji przepisów Pzp wykładni celowościowej oraz systemowej; naruszenie przepisu art. 190 ust. 2 Pzp poprzez wydanie wyroku z pominięciem stanu rzeczy ustalonego w toku całego postępowania. Skarżący zarzucił także naruszenie przepisu art. 179 ust. 1 w związku z art. 46 ust. 4 a Pzp poprzez odmowę istnienia po stronie Skarżącego interesu prawnego we wniesieniu i rozpoznaniu odwołania na czynność zatrzymania wadium, co doprowadziło do nierozpoznania merytorycznego zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 46 ust. 4a Pzp - poprzez zatrzymanie wadium Skarżącego, pomimo braku zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie; nadto naruszenie przepisu art. 179 ust. 1 w związku z art. 184 ust. 1 a poprzez uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż interes prawny w rozpoznaniu środków ochrony prawnej musi być rozumiany wyłącznie w kontekście możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę, podczas gdy Pzp dopuszcza brak takiego związku. Skarżący zarzucił ponadto naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, iż nie przysługuje mu prawo wniesienia środków ochrony prawnej w zakresie czynności zamawiającego zatrzymania wadium w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez skarżącego i nakazanie Zamawiającemu zwrotu Skarżącemu zatrzymanego wadium. Nadto skarżący wnosił o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów postępowania przed KIO.

W uzasadnieniu skargi wskazani, iż przyjęta w zaskarżonym wyroku wykładnia dotycząca możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej na czynność zatrzymania wadium jest wykładnią *contra legem*. Oddaje bowiem w ręce Zamawiającego taktyczną decyzję o posiadaniu przez odwołującego interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej. Tymczasem zarówno protest, jak i odwołanie! oraz sama skarga do sądu) są instrumentami sprzeciwu wobec wszelkich nieuprawnionych, sprzecznych z prawem czynności Zamawiającego, Stanowisko KIO, jakoby możliwość rozpoznania odwołania na czynność zatrzymania wadium istnieje tylko wówczas, gdy odwołaniem tym jest objęte jednocześnie wykluczenie wykonawcy z postępowania nie znajduje oparcia w przepisach Pzp, co więcej jest sprzeczne z wykładnią celowościową przepisów o środkach ochrony prawnej. Zamawiający nie ma bowiem określonych przez ustawę terminów na dokonanie czynności wykluczenia i zatrzymania wadium. W istocie mogą to być czynności dokonane według wyboru zamawiającego albo w tym samym terminie, albo też, jak to miało miejsce w ramach przedmiotowego postępowania) w różnych terminach. W szczególności zatrzymanie wadium może zostać dokonane po prawomocnym wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania. Tym samym bieg terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej na te czynności rozpoczyna się odrębnie dla każdej z nich. Skarżący nie miał możliwości wniesienia środków ochrony prawnej na bezprawne zatrzymanie wadium wraz ze środkami ochrony prawnej na wykluczenie z postępowania - a to wobec faktu, iż w chwili wnoszenia protestu na

wykluczenie z postępowania nie istniała jeszcze czynność zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium jest czynnością niezależną od wykluczenia wykonawcy, zatem i z tego względu stanowisko dotyczące łącznego wnoszenia środków ochrony prawnej na te czynności jest nieuzasadnione. Skarżący wskazał również na fakt, iż stanowisko zawarte w zaskarżonym wyroku sprzeczne z linią orzecniczą KIO dotyczącą kwestii zatrzymania wadium.

W skardze podniesione zostały również zarzuty dotyczące bezpodstawności zatrzymania wadium w świetle art. 46 Pzp.

Rozpoznają skargę Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

Sąd Okręgowy podziela zawarte w zaskarżonym wyroku stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż skarżący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającego go do wniesienia środków ochrony prawnej. Powoływany przepis (będący pierwszym przepisem działu VI ustawy - Środki ochrony prawnej) stanowi, iż „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom

konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu /umówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”.

Zatem przepis ten zawęża (w stosunku do art. 1 Nd k.p.e.) rozumienie interesu prawnego możliwości uzyskania zamówienia publicznego. W sytuacji gdy jak w sprawie niniejszej wykluczenie Skarżącego z postępowania uzyskało już przymiot prawomocności, trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza instytucja zatrzymania wadium nie jest więc związana z samym uzyskaniem zamówienia, dlatego 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 ze względu na nieuprawnione wykluczenie z postępowania, a więc dalszego ubiegania się o uzyskanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie faktycznym wykonawcą nie zostanie już przywrócony do postępowania (jego wykluczenie uzyskało już przymiot prawomocności), a zatrzymanie wadium nie jest związane z możliwością uzyskania przez niego zamówienia, Tym samym nie może być przedmiotem właściwym dla zastosowania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Trafnie wskazano w zaskarżonym wyroku, iż zatrzymanie wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie jest *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.

W swoich rozważaniach skarżący pomija fakt, iż ustawa Prawo zamówień publicznych określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę

udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w

ustawie (art.1). Interpretacja wszystkich zapisów ustawy musi być dokonywana z uwzględnieniem powyższego zapisu. Nie można więc interpretować rozszerzająco pojęcia interesu prawnego zawartego w przepisie art. 179 ust. 1 tejże ustawy. Wskazać dodatkowo należy, iż w sytuacji, gdy dane postępowanie nie prowadzi do uzyskania przez skarżącego zamówienia, brak jest podstaw w świetle art. 1 ustawy do prowadzenia takiego postępowania w trybie ustawy. Nie wyłącza to dochodzenia roszczeń na podstawie przepisów ogólnych, a stwierdzenie o braku interesu prawnego w rozumieniu Prawa zamówień publicznych nie przesądza w żadnym przypadku o zasadności lub braku zasadności roszczeń Skarżącego.

Mając zatem na uwadze, iż w zaskarżonym wyroku daniel oddalono odwołanie skarżącego z uwagi na brak interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Sąd Okręgowy nie rozważał kwestii prawidłowości lub nie zatrzymania wadium ta kwestia bowiem w loku niniejszego postępowania nie mogła być z przyczyn wyżej wskazanych rozpatrywana.

Z tych względów skargę na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do art. 98 i 99 w zw. z art. 108 k.p.c. i art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

i, NA ORYGINALE właściwe podpisy
i? za zgodność z**\