

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lipca 2009 r.

Sąd Okręgowy w Radomiu VIII Wydział Gospodarczy

w składzie następującym :

Przewodniczący - Sędzia SO Iwona Poznańska (spr)

Sędziowie: SO Bożenna Zawada

SR (del) Paweł Lechowicz

Protokolant: sekr. sąd. Magdalena Żuchowska

po rozpoznaniu w dniu 28 lipca 2009 r. w Radomiu

na rozprawie

sprawy ze skargi Fresenius Kabi Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

oraz ze skargi zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 27 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 488/09

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie II podpunkt 2 w ten sposób, że zamiast kwoty 4.574 złote nakazuje zapłacić kwotę 8.174 złote tytułem zwrotu kosztów postępowania

II. w pozostałym zakresie skargę Fresenius Kabi Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i w całości skargę Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu oddala,

III. koszty procesu w postępowaniu odwoławczym między stronami wzajemnie znosi.

Sygn. akt VIII Ga 45/09

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2009 r. po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, ul. Aleksandrowicza 5 protestu z dnia 27 marca 2009 r. orzekła:

1. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność zatrzymania wadium,
2. kosztami postępowania obciążyła Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, ul. Aleksandrowicza 5,

i nakazała:

1. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2,

2. dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, ul. Aleksandrowicza 5 na rzecz Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wpisu,

oraz

dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2.

Podstawą powyższego rozstrzygnięcia były następujące ustalenia:

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę

produktów leczniczych zostało wszczęte przez zamawiającego Wojewódzki Szpital

Specjalistyczny w Radomiu, ul. Aleksandrowska 5 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2008r. za numerem 2008/S 234-311 049.

W dniu 20 marca 2009r. zamawiający poinformował wykonawcę - Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2 o zatrzymaniu wpłaconego przez tego wykonawcę wadium w kwocie 22 550zł. wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 póź. 1420, dalej zwanej ustawą), gdyż odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 10 lutego 2009r. nie złożył dokumentu wymaganego w pkt 8.1.10 siwz, tj. dokumentu stwierdzającego, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia - wykształcenie farmaceutyczne.

Odwołujący w dniu 27 marca 2009r. wniósł na tę czynność protest oraz zaskarżył zaniechanie

zamawiającego niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcy.

Wskazał, że powyższe działania i zaniechania zamawiającego naruszają art. 46 ust. 4a ustawy poprzez błędne jego zastosowanie oraz art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie i wniósł o unieważnienie czynności zatrzymania wadium i dokonanie przez zamawiającego czynności zaniechanej zwrotu wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż wartość szacunkowa zamówienia została określona przez zamawiającego na kwotę 7 679 638,40zł., co stanowi równowartość 1 980 768,72 euro (Druk ZP-1). Zamawiający w pkt 7.1.2 ustanowił warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiają pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Za spełniających ten warunek zamawiający uzna wykonawców, którzy przedstawiają dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień - zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne - wśród tych osób co najmniej 1 osoba musi posiadać wykształcenie farmaceutyczne.

W pkt 8.1.10 siwz zamawiający na potwierdzenie spełniania tego warunku wymagał dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień - zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne - wśród tych osób co najmniej 1 osoba musi posiadać wykształcenie farmaceutyczne potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy (zgodnie z dokumentem określającym status prawny wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem) Z dopiskiem wymagana data wystawienia - brak wymagań. Przedmiotowy warunek nie był przedmiotem zapytań do siwz. Odwołujący złożył ofertę na zadania 40 i 41 - strona 9 oferty odwołującego. Odwołujący nie załączył do oferty wykazu osób, którymi będzie wykonywał zamówienia, ani jakiegokolwiek dokumentu prywatnego czy urzędowego dotyczącego

Wykształcenia farmaceutycznego osób, które będą wykonywać zamówienie. Odwołujący na stronie 32 oferty złożył oświadczenie w trybie art. 22 ust. 1 ustawy.

W dniu 10 lutego 2009r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty tj. zgodnie z pkt. 8.1.10 siwz przesłania dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień - zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne - wśród tych osób co najmniej 1 osoba musi posiadać wykształcenie farmaceutyczne potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy (zgodnie z dokumentem określającym status prawny wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem). Dokumenty te należało złożyć do siedziby zamawiającego do dnia 13 lutego 2009r., a zamawiający pouczył, że niezłożenie dokumentów skutkować będzie wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz, że na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 4a ustawy zostanie zatrzymane wpłacone przez odwołującego wadium. W dniu 12 lutego 2009r. odwołujący w wykonaniu wezwania złożył pismo, w którym wskazał osoby, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia tj. Izabelę Kossowską-Kierownika Hurtowni Farmaceutycznej i Magazynu (osoba posiadająca wykształcenie wyższe farmaceutyczne - zaświadczenie w załączeniu), Annę Kaczmarek - Kierownika Działu Obsługi Klienta i Logistyki i Edytę Elias - Koordynatora ds. Sprzedaży. W załączeniu do pisma odwołujący złożył zaświadczenie wystawione przez Tomasza Krzak, który zaświadczył, że Izabela Kossowska zatrudniona na stanowisku Kierownika Hurtowni Farmaceutycznej i Magazynu w Fresenius Kabi Polska sp. z o.o. ukończyła studia wyższe farmaceutyczne. Ze względu na ochronę danych osobowych, zaświadczający wskazał, że nie może przedstawić szczegółowych dokumentów.

W dniu 18 lutego 2009r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zadaniach 40 i 41 z uwagi na brak ofert nie podlegających odrzuceniu. Zamawiający w tych częściach wskazał jako podstawę unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz podniósł, że złożono na te zadania dwie oferty przy czym:

1 . oferta Medica Healthcare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Półeczki 21 podlega

odrzućeniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż zaproponowany lek nie spełnia wymogu opisu przedmiotu zamówienia tj. płyn Plasmalyte nie zawiera jonów wapniowych Ca²⁺, które występują w zarejestrowanych płynach wieloelektrolitowych.

2. odwołujący na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie złożył dokumentów, o których mowa w pkt 8.1.10 siwz tj. dokumentu stwierdzającego, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, a zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne - co najmniej 1 osoba musi mieć wykształcenie farmaceutyczne potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez

osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż unieważnienia postępowania w częściach 40 i 41 zamawiający dokonał w dniu 18 lutego 2009r. Postępowanie o zamówienie publiczne zakończyło się zatem z upływem terminów na wniesienie środków ochrony prawnej na czynność unieważnienia postępowania i czynności z nią związane tj. czynność wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty ewentualnie czynność odrzucenia oferty Medica Healthcare sp. z o.o. Zamawiający czynności zatrzymania wadium dokonał w dniu 20 marca 2009r., a więc po upływie terminów na ostatecznie rozstrzygnięcie protestów na powyższe czynności, traktując czynność zatrzymania wadium jako czynność wynikającą z postępowania o udzielenie zamówienia. Sam zamawiający zatem uznawał czynność zatrzymania wadium jako mieszczącą się w postępowaniu o zamówienie publiczne, a więc pozwalającą na zaskarżenie środkami ochrony prawnej. Istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy czynnością zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, a pozbawieniem odwołującego środków objętych kosztami obsługi gwarancji bankowej, co przekłada się na uszczerbek w interesie odwołującego, który poniósł koszty związane z uzyskaniem gwarancji wadialnej, które nie znajdują pokrycia w zyskach, jakie mógłby osiągnąć z uzyskanego zamówienia. W tym zakresie Izba uznała, że nie można art. 179 ust. 1 ustawy, w tym konkretnym przypadku, ograniczyć wyłącznie do interesu prawnego w wąskim rozumieniu pojęcia „uzyskanie zamówienia”. Takie rozumienie tego przepisu prowadziłoby do niemożności kwestionowania czynności zamawiającego dokonanych wbrew ustawie, w tym przypadku po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że odwołujący miał interes prawny w kwestionowaniu czynności zamawiającego narażającej go na uszczerbek materialny, dokonanej wbrew przepisom ustawy.

Rozpatrując zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy poprzez zatrzymanie wadium, pomimo tego że na wezwanie do uzupełnienia przedłożył dokument prywatny - oświadczenie, co stanowiło zadość wezwaniu zamawiającego. Izba uznała, iż zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wskazano na to, że wadium ma zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania o zamówienie publiczne. Pełni ono funkcję dyscyplinującą wykonawców i ma powstrzymywać ich przed niezgodnymi z prawem zachowaniami utrudniającymi zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Zatrzymanie wadium jest dotkliwą sankcją dla wykonawców, pozbawiającą ich konkretnych środków finansowych w sytuacji, gdy nie uzyskają już zamówienia publicznego. Z tego też względu wszelkie przesłanki nakazujące zamawiającemu zatrzymanie wadium muszą być wykładane ściśle wedle reguł wykładni gramatycznej i językowej i nie mogą być podstawą do zastosowania wykładni rozszerzającej. W przypadku nie złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw przez wykonawcę lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy podstawową sankcją za takie zaniechanie wykonawcy jest wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a więc pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia. Dopiero w przypadku, gdy wykonawca zachowuje się w sposób niedbały tj. mimo wezwania nie składa dokumentów,

oświadczeń, pełnomocnictw ustawodawca przewidział dodatkową dolegliwość w postaci zatrzymania wadium. Art. 46 ust. 4a ustawy dotyczy wyłącznie nie złożenia dokumentów, a nie dokumentów, które zawierają błędy, co ma stanowić karę za to, że swoim zaniechaniem wykonawca uchyla się od współdziałania z zamawiającym podczas przebiegu postępowania i prowadzi do jego zbędnego i nieuzasadnionego przedłużenia, które nie

może dać pozytywnego dla obu stron efektu w postaci zawarcia między tym wykonawcą, a zamawiającym umowy o zamówienie publiczne. W ocenie Izby nie można zatem rozszerzająco uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w której wykonawca przedłożył dokument zawierający błąd. W przypadku złożenia błędnego dokumentu na wezwanie do uzupełnienia wykonawca (choć nieskutecznie) wykazuje wolę kontynuowania swego udziału w postępowaniu i zamiar zawarcia umowy i dlatego w ocenie Izby nie powinien być podwójnie karany z jednej strony wykluczeniem z postępowania, a z drugiej zatrzymaniem wadium. Dopiero zaniechanie złożenia dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw mimo wezwania wskazuje na wolę wycofania się z postępowania, już po upływie terminu składania ofert, a więc w sytuacji, kiedy zamawiający ma prawo oczekiwać, że dojdzie do zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Takie zachowanie wykonawcy byłoby naganne i sprzeczne z celem postępowania o zamówienie publiczne, a więc uzasadniałoby nałożenie dodatkowej sankcji zatrzymania wadium. W przedmiotowej sprawie odwołujący na wezwanie o uzupełnienie dokumentów złożył własne oświadczenie o spełnianiu przez osoby, którymi będzie dysponował przy realizacji zamówienia wymogów posiadania uprawnień oraz oświadczenie swego pracownika odpowiedzialnego za sprawę kadrowe, że jedna ze wskazanych osób posiada wyższe wykształcenie farmaceutyczne. Izba nie przesądzała, czy te dokumenty były prawidłowe, czy odwołujący powinien był złożyć inne dokumenty, czy postanowienia siozw, w tym zakresie były wystarczająco precyzyjne, gdyż te okoliczności były przedmiotem osobnego protestu i protest ten został ostatecznie rozstrzygnięty. Istotne dla oceny prawidłowości działania zamawiającego polegającego na zatrzymaniu wadium, było czy oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictwo zostało złożone. Przy czym Izba podkreśla, że ustawodawca wyraźnie wskazał krąg dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, których nieuzupełnienie powoduje zabór wadium. Wskazanie to nastąpiło poprzez odesłanie do art. 25 ust. 1 ustawy, a więc wykonawca nie będzie mógł skutecznie bronić się przed działaniem zamawiającego, jeśli na wezwanie złożył inny dokument lub oświadczenie, niż wymienione w art. 25 ust. 1 ustawy. To wyklucza dowolność po stronie wykonawcy. Izba wskazuje, że nieuprawniona jest interpretacja zamawiającego, iż poprzez nie złożenie dokumentów, oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy należy rozumieć jako nie złożenie dokumentów wymaganych/żądanych przez zamawiającego, gdyż ustawodawca nie wskazał w tym przepisie, że sankcją utraty wadium objęte jest nie złożenie „żądanych przez zamawiającego” dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Gdyby ustawodawca chciał objąć sankcją taką sytuację faktyczną wskazałby to wprost w przepisie. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający swoim działaniem naruszył normę art. 46 ust. 4 a ustawy i bezpodstawnie dokonał zatrzymania wadium. Co do podniesionego zarzutu przez zamawiającego art. 46 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie niezwłocznego zwrotu wadium Izba stwierdziła, że zarzut nie mieści się w granicach kompetencji orzeczniczych Izby wynikających z art. 191 ust. 1 i 2 ustawy. Izba może rozstrzygać tylko spory prawne pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami, uczestnikami konkursu, innymi osobami, których interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy lub podmiotami określonymi w art. 179 ust. 2 ustawy. Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie podmiotem zobowiązanym do wypłaty na rzecz zamawiającego wadium była osoba trzecia - gwarant, a więc podmiot nie mieszczący w katalogu podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej wynikającego z art. 179 ustawy. Izba uznała, że nie ma kompetencji do rozstrzygnięcia o zwrocie wadium wpłaconego przez gwaranta. Podniesiono, że roszczeń z tego tytułu można dochodzić na drodze cywilnoprawnej.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, przy czym Izba stwierdziła, że za uzasadnione uznaje koszty wpisu poniesione przez odwołującego. Izba nie uwzględniła natomiast wniosku odwołującego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych, gdyż stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. nr 128 późn. zm.) zwrot kosztów poniesionych przez stronę musi być udokumentowany rachunkami.

Powyższe rozstrzygnięcie zaskarżył skargą Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu oraz Fresenius Kabi Polska Spółka z o.o. w Warszawie.

Skarżąc całość wyroku Wojewódzki Szpital Specjalistyczny zarzucił błędne zastosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie art. 179 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 46 ust. 4a oraz sprzeczność ustaleń ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym przez przyjęcie odwołania, które zostało wniesione na czynność „informacji” o zatrzymaniu wadium, która nie jest wymieniona w katalogu czynności, od których przysługuje odwołanie określonych w art. 184 ust. 1 ustawy ponadto, do której zamawiający nie był i nie jest zobowiązany. Zatem wg skarżącego odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 - jako dotyczące zaskarżonego działania zamawiającego, dla którego nie stosuje się przepisów ustawy bądź na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 - odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, co było faktem bezspornym.

Skarżący Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu w związku z powyższym domagał się jego zmiany zgodnie z żądaniem zamawiającego wraz z zasądzeniem kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł.

Skarżąca Fresenius Kabi Polska Spółka z o.o. w Warszawie zarzuciła:

- naruszenie przepisów postępowania - art. 191 ust. 2 pkt 1 pzp poprzez jego niezastosowanie oraz art. 192 ust. 2 pzp przez jego błędne zastosowanie oraz
- naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 46 ust. 1 pkt 3 pzp przez jego niezastosowanie.

Wskazując na powyższe skarżąca wносиła o:

- uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez jego uchylenie w części, w jakiej wyrok ten rzeczywiście oddala żądanie skarżącego stwierdzając, że żądanie nakazania zwrotu wadium skarżącemu nie może być rozpoznane z uwagi na fakt, że wadium, którego żąda skarżący zostało wpłacone przez osobę trzecią, nie będącą stroną postępowania oraz w części w jakiej wyrok ten nie uwzględnia wniosku skarżącego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym wg norm przepisanych
- orzeczenie co do istoty sprawy w części w jakiej wyrok zostanie uchylony zgodnie z powyższym wnioskiem poprzez nakazanie zamawiającemu - przeciwnikowi skargi dokonanie czynności zwrotu uiszczonego przez skarżącego wadium w kwocie 22.550 PLN na rzecz skarżącego
- zasądzenie na rzecz skarżącego od zamawiającego - przeciwnika skargi kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym wg norm przepisanych oraz zasądzenie kosztów postępowania wszczętego w wyniku wniesienia skargi.

Sąd Okręgowy zważył:

Skarga Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w całości jest nieuzasadniona zaś skarga Fresenius Kabi Polska Spółki z o.o. w Warszawie zasługiwała na uwzględnienie jedynie w części dotyczącej braku przyznania przez

Krajową Izbę Odwoławczą zwrotu kosztów zastępstwa prawnego zaś dalej idące żądania były pozbawione zasadności.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż rozważenia sformułowanych zarzutów naruszenia prawa materialnego przez skarżących wymagało uprzedniej oceny podniesionych zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego mogących mieć wpływ na ustalenia faktyczne, których prawidłowość jest warunkiem właściwej oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego.

Nie można odmówić zasadności zarzutowi skarżącej Fresenius Kabi Polska Spółki z o.o. w Warszawie, iż ustalenie faktyczne Krajowej Izby Odwoławczej, iż wpłacającym przedmiotowe wadium była osoba trzecia - gwarant pozostaje w

oczywistej sprzeczności z rzeczywistym stanem, ponieważ wpłacającym była skarżąca Spółka Fresenius Kabi Polska. Potwierdza to jednoznacznie dokument przelewu kwoty 22.550 zł przez w/w wpłacającego na konto Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu z potwierdzeniem DEUTSCHE BANK POLSKA S.A. z dnia 6 stycznia 2009 roku - wykonawcy przelewu. Dokument powyższy, którego odpis został załączony do skargi znajdował się w dokumentacji postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego, co potwierdzają dokumenty zgromadzone w granatowym segregatorze w postaci załącznika do złożonego formularza oferty z załączonym dowodem wpłaty wadium, o którym mowa wyżej. Okoliczność powyższa została również przyznana w treści skargi zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu - k. 160 akt.

Mimo powyższej niezgodności w ustaleniu stanu faktycznego Sąd Okręgowy nie znalazł uzasadnienia dla pozostałych zarzutów skarżących dotyczących prawidłowości ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej. Sąd Okręgowy w pełni je podziela i uznaje za własne.

Wbrew zarzutom skargi zamawiającego istnienie interesu prawnego Spółki Fresenius Kabi Polska w kwestionowaniu czynności zatrzymania wadium nie nasuwa żadnych wątpliwości w świetle regulacji art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Pojęcie interesu prawnego należy oceniać nie tylko w aspekcie przepisów ustawy ale także pod kątem zgodności z całym systemem prawnym i zasadom współżycia społecznego. Ustalenie, że odwołująca się Spółka wykazała istnienie interesu prawnego w kwestionowaniu czynności zamawiającego narażającej go na uszczerbek materialny, która to czynność dokonana została wbrew przepisom ustawy - art. 46 ust. 4 a jest przekonujące.

Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej uzasadnione przekonującą argumentacją dotyczącą naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4 a ustawy pzp poprzez zatrzymanie wpłaconego przez Spółkę Fresenius Kabi Polska wadium.

Argumentacji tej nie podważa w żaden sposób przedstawiony w skardze oraz na rozprawie w dniu 28 lipca 2009 roku dorobek doktryny i dorobek orzecznicy Krajowej Izby Odwoławczej.

Wobec pełnej akceptacji Sądu dla poczynionych w tym przedmiocie ustaleń faktycznych i wnioskowań prawniczych zawartych w motywach zaskarżonego wyroku KIO nie zachodzi potrzeba ich powtarzania - por. wyrok SN z 12 stycznia 1999 r. I PKN 521/98 - OSNP 2000/4/143.

Stwierdzenie zawarte w skardze zamawiającego, iż zaskarżony wyrok KIO wprowadza zamęt w praktycznym stosowaniu prawa zamówień publicznych ... „jest co najmniej bezpodstawne i oderwane od stanu faktycznego ustalonego w sprawie.

Z tych przyczyn w ocenie Sądu Okręgowego skarga zamawiającego jako pozbawiona zasadności podlegała oddaleniu.

Co do zarzutów skargi Spółki Fresenius Kabi Polska należy zauważyć, że wykazana ponad wszelką wątpliwość okoliczność wpłaty wadium nie powoduje - w ocenie Sądu Okręgowego - konieczności zmiany zaskarżonego wyroku, którym uwzględniono odwołanie i nakazano zamawiającemu unieważnić czynność zatrzymania wadium.

Nie można natomiast odmówić zasadności zarzutowi skargi w zakresie nieuwzględnienia przez Krajową Izbę odwoławczą zwrotu kosztów zastępstwa prawnego odwołującego się, który był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika w osobie radcy prawnego, wykazał on swoje należyte umocowanie

w postaci przedłożonego pełnomocnictwa procesowego wraz z wypisem KRS wskazującym, iż organ uprawniony do reprezentacji odwołującego się udzielił tego pełnomocnictwa.

Stosownie do wskazanego w uzasadnieniu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy

obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł. Przedłożone rachunki w pełni uzasadniają poniesione przez odwołującego się koszty wynagrodzenia pełnomocnika, które uzasadniają przyznanie kwoty 3600 zł i dlatego w tym zakresie zaskarżony wyrok w pkt II podpunkt 2 został zmieniony w ten sposób, że zamiast kwoty 4574 zł nakazano zapłacić kwotę 8174 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego znajduje oparcie w treści art. 100 kpc w zw. z art. 194 ustawy Prawo zamówień publicznych i wskazanego wyżej Rozporządzenia.