

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2010r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący Sędzia SO Jolanta Stępień - Kordiał (spr)

Sędziowie: SO Elżbieta Hniedziewicz

SO Bolesław Wadowski

Protokolant Maria Bether

po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2010 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi ISOPLUS POLSKA sp. z o.o. w Katowicach

z udziałem przeciwnika skargi Stołecznego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej S.A. w Warszawie

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 28 września 2010 r. Sygn. akt KIO/UZP 1998/10

1. oddała skargę
2. zasądza od ISOPLUS POLSKA sp. z o.o. w Katowicach na rzecz Stołecznego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej S.A. w Warszawie kwotę 1.200,- zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania.

XXIII Ga 723/10

Uzasadnienie

Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 16 grudnia 2009 r. pod poz. 2009/S 242-346915 opublikowało ogłoszenie o zamówieniu na „na dostawę rur i elementów preizolowanych w zakresie średnic DN 800-1200". Postępowanie zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm). W dniu 23 czerwca 2010 r., po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, została zawarta umowa na realizację przedmiot zamówienia.

W dniu 10 sierpnia 2010 r. Zamawiający powiadomił ISOPLUS POLSKA sp. z o.o. o zatrzymaniu wadium. Na taką czynność Zamawiającego Odwołujący wniósł protest w dniu 20 sierpnia 2010 r., zarzucając naruszenie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i zatrzymanie wadium pomimo braku zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie oraz poprzez zatrzymanie wadium na podstawie nieprecyzyjnego wezwania do złożenia dokumentów (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy) oraz art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, a to w efekcie niedokonania prawidłowego badania i oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego w kontekście istnienia przesłanek zatrzymania wadium. Protest został przez Zamawiającego odrzucony, w związku z czym Odwołujący w dn. 9 września 2010 r. wniósł odwołanie.

* Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 28 września 2010 r. odrzuciła

odwołanie. W uzasadnieniu wskazała, że do postępowania odwoławczego wszczętego odwołaniem wniesionym w dniu 9 września 2010 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i rozporządzeń wykonawczych obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania (tj. w dniu opublikowania ogłoszenia - 16 grudnia 2009 r.). Izba ustaliła, że Zamawiający zawarł umowę na przedmiot zamówienia (tożsamy z przedmiotem postępowania, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie) w dniu 23 czerwca 2010 r. Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Skoro nie można wnieść protestu po podpisaniu umowy (art.

180 ust. 6 Prawa zamówień publicznych), to wniesienie takiego protestu po podpisaniu

umowy należy uznać po pierwsze za niedopuszczalne, po drugie - dokonane z uchybieniem terminu (określonego pizez zdarzenie - moment zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). Nie podzieliła argumentacji spółki Isoplus Polska sprowadzającej się do kwestionowania możliwości zastosowania w przedmiotowej sprawie normy określonej w art. 180 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, wobec sprzeczności tej normy z prawem europejskim. W ocenie składu orzekającego takiej sprzeczności nie ma. Nie można zastosować bezpośrednio dyrektyw regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia i postępowanie odwoławcze (dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/14 z 30.04.2004 r., ze zra., dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm., dyrektywa Rady 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 dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 395/33 z 30.12.1989, ze zm., dyrektywa Rady 92/13/EWG 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. Urz. UE L 76/14 z 23.03.1992 ze zm.), chociażby z tego powodu, że przepisy zawarte tamże nie regulują kwestii zatrzymania wadium. Odnosząc się do zarzutu wskazującego, iż odrzucenie odwołania uniemożliwi mu w ogóle dochodzenie słuszności jego roszczeń, należy zauważyć, że w przypadku, gdyby Izba rozpatrywała kwestię zasadności zatrzymania wadium, to odwołanie, które dotyczyłoby wyłącznie tego zagadnienia, musiałoby zostać oddalone - a to na podstawie art. 191 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych (obecnie - art. 192 ust. 2) ponieważ jego ewentualne uwzględnienie nie miałoby wpływu na wynik postępowania, nawet jeżeli ustosunkowując się do zarzutów, w uzasadnieniu wyroku Izba uznałaby, że wadium zostało zatrzymane niesłusznie. Takie orzeczenie nie nadawałoby się do egzekucji, zatem byłoby nieprzydatne z punktu widzenia zaspokojenia roszczenia spółki

Isoplus. Biorąc pod uwagę powyższe, właściwą drogą do dochodzenia roszczeń wynikających z niesłusznego zatrzymania wadium jest droga sądowa; sąd powszechny ma kompetencję oceny, czy nieuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

a wyrok sądu przyznający rację odwołującemu (tj. nakazujący zwrot zatrzymanego wadium) będzie egzekwowalny.

Na powyższe postanowienie spółka Isoplus złożyła skargę, zarzucając mu naruszenie:
-prawa wspólnotowego, w tym tzw. prawa pierwotnego (tj. prawa traktatowego i wynikających z tego prawa zasad wspólnotowego porządku prawnego), dyrektyw organów Wspólnot Europejskich (w szczególności Artykułu 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665ZEWG 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 przy uwzględnieniu dyrektyw zmieniających) oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej,

- ustawy prawo zamówień publicznych, w tym jej: art. 1, art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 46 ust. 4a, art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 7, art. 187 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 180 ust. 6 i art. 191 ust. 1a.

Wskazując na powyższe skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego postanowienia i:

- a) uwzględnienie wszystkich zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu i proteście w tym, nakazanie przeciwnikowi unieważnienia dokonanej czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami,
- b) wydanie rozstrzygnięcia z pominięciem przepisów prawa krajowego, w szczególności art. 187 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 180 ust. 6 i art. 191 ust. 1a ustawy prawo zamówień publicznych jako sprzecznych z artykułem 1 ust. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG 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 przy uwzględnieniu dyrektyw zmieniających) przy bezpośrednim zastosowaniu przepisów wspólnotowych, w szczególności wskazanej Dyrektywy,

- c) zasądzenie od przeciwnika na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów postępowania przed KIO wraz z kosztami zastępstwa prawnego, według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:
skarga jest niezasadna.

Sąd Okręgowy podziela w całości ustalenia Izby, iż do postępowania odwoławczego wszczętego odwołaniem wniesionym w dniu 9 września 2010 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i rozporządzeń wykonawczych

' obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania (tj. w dniu opublikowania ogłoszenia - 16

grudnia 2009 r.). Prawidłowo ustalone zostało że zamawiający zawarł umowę na przedmiot » zamówienia (tożsame z przedmiotem postępowania, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie) w dniu 23 czerwca 2010 r. Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, trafne jest stanowisko Izby, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Skoro nie można wnieść protestu po podpisaniu umowy (art. 180 ust. 6 Prawa zamówień publicznych), to wniesienie takiego protestu po podpisaniu umowy należy uznać po pierwsze za niedopuszczalne, po drugie - dokonane z uchybieniem terminu (określonego przez zdarzenie - moment zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

Stanowisko powyższe zdaje się podzielać również skarżąca, skoro zarzuca naruszenie -prawa wspólnotowego, w tym tzw. prawa pierwotnego (tj. prawa traktatowego i wynikających z tego prawa zasad wspólnotowego porządku prawnego), dyrektyw organów Wspólnot Europejskich (w szczególności Artykułu 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG 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 dostawy i roboty budowlane przy uwzględnieniu dyrektyw zmieniających) oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Ustawodawca wspólnotowy problematyce ochrony prawnej przysługującej w trakcie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poświęcił dwie dyrektywy. Są to:

1) dyrektywa Rady 89/665/EWG 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 dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246, z późn. zm.) oraz

2) dyrektywa Rady 92/13/EWG 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. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, s. 14; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 315, z późn. zm.).

Oba akty prawa wspólnotowego podobnie normują problematykę środków ochrony prawnej. Przewiduje się w nich przede wszystkim konieczność stworzenia przez państwa członkowskie UE systemu środków odwoławczych, spełniającego postulaty efektywności (skuteczności) i szybkości w celu zagwarantowania ochrony prawnej w związku z

naruszeniem przez zamawiających przepisów o zamówieniach publicznych (art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG oraz art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13/EWG). Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 jak i przepis art. 1 dyrektywy 92/13 o bardzo podobnej treści określają główne reguły procedur odwoławczych: zasadę skuteczności i zasadę szybkości postępowania odwoławczego. Skuteczność kontroli w przypadku zamówień publicznych oznacza, że obiektywne postępowanie odwoławcze, prowadzone możliwie szybko z inicjatywy każdego z zainteresowanych podmiotów, umożliwi skuteczne (wiążące) korygowanie sprzecznych z prawem decyzji zamawiającego - zasadniczo jeszcze w trakcie trwania procedury przetargowej - doprowadzając do przywrócenia stanu zgodnego z prawem (udzielenia zamówienia oferentowi, którego oferta, zgodnie z przepisami, powinna być wybrana). Do kompetencji państw członkowskich będzie jednak należało samodzielne określenie terminów do wnoszenia środków odwoławczych, sprecyzowanie ich charakteru oraz skutków wniesienia odwołania po terminie. Państwa członkowskie określają również organy kompetentne do rozstrzygania sporów z zakresu prawa zamówień publicznych, sposób powołania sędziów lub arbitrów, wymagane kwalifikacje, wysokość opłat związanych z prowadzonym postępowaniem, dostępne środki dowodowe, zasady przeprowadzania dowodów czy sposób reprezentacji stron. Dyrektywa ta wymaga jedynie, by przyjęte rozwiązania były zgodne z zasadą efektywności oraz szybkości postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego kwestionowane przez skarżącą przepisy prawa zamówień nie są sprzeczne z prawem wspólnotowym, zapewniają bowiem system środków odwoławczych, spełniający postulaty efektywności (skuteczności) i szybkości w celu zagwarantowania ochrony prawnej w związku z naruszeniem przez zamawiających przepisów o zamówieniach publicznych.

Wbrew zarzutom skarżącej nie jest ona pozbawiona możliwości uzyskania zwrotu wadium, na co trafnie wskazano w zaskarżonym postanowieniu. Postępowanie na podstawie prawa zamówień reguluje kwestie niezbędne z punktu widzenia efektywności i szybkości tego postępowania i siłą rzeczy nie może regulować wszystkich pojawiających się na tle tego postępowania problemów.

Mając zatem powyższe na względzie Sąd Okręgowy oddalił skargę (art. 198 fust. Prawa zamówień.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania (art. 98 w zw. z art 99 k.p.c. i art. 391 k.p.c. w zw. z 198 a i 199 a Prawa zamówień.

