

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 maja 2010 roku

Sąd Okręgowy w Łodzi III Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodnicząca: Sędzia S.O. Marta Witoszyńska

Sędziowie: S.O. Jacek Kępa, S.O. Zofia Szczesniewicz

Protokolant: Emilia Grabarczyk

po rozpoznaniu w dniu 26 maja 2010 roku w Łodzi

na rozprawie

sprawy z odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: Intemetia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Talex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Sąd Apelacyjny w Łodzi protestu z dnia 29 grudnia 2009 roku

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej w Warszawie - po stronie zamawiającego

na skutek skargi Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej w Warszawie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 19 marca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 132/10

oddala skargę.

Ol

Z/ ^S J&fa

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 19 marca 2010 roku Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: Intemetia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Talex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Sąd Apelacyjny w Łodzi protestu z dnia 29 grudnia 2009 roku przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej w Warszawie - po stronie zamawiającego:

- uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: Intemetia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Talex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Sąd Apelacyjny w Łodzi protestu z dnia 29 grudnia 2009 roku złożonego przez Telekomunikację Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie, a dotyczącego wyboru w dniu 22 grudnia 2009 roku jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum;
- orzekła o kosztach postępowania.

Skargę od powyższego wyroku wniosła Telekomunikacja Polska Spółka Akcyjna w Warszawie, zarzucając Krajowej Izbie Odwoławczej:

- sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji naruszenie art. 188 ust. 1, 3 i 7, art. 190 ust. 2, art. 192 ust. 2 ustawy PZP oraz następujących przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2007 roku. Nr 187, poz. 1327 ze zm.): § 25 ust. 1 i § 28 ust. 1 pkt 4, wobec błędnej ich wykładni i niewłaściwego ich zastosowania poprzez rozpatrzenie i brak oceny zarzutów i żądań podniesionych przez skarżącego jako przystępującego do postępowania odwoławczego - dotyczących braku wniesienia wadium przez Konsorcjum - wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia i tym samym bezpodstawne przyjęcie, że oferta Konsorcjum była i nadal jest zabezpieczona wadium;
- naruszenie art. 2 pkt 11, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez przyjęcie, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu, ponieważ na dzień składania ofert jego oferta była zabezpieczona wadium;
- naruszenie art. 45 i art. 46 ustawy PZP oraz art. 70⁴ k.c. poprzez przyjęcie, że zamawiający ma możliwość skorzystania z wadium wniesionego przez NETIA S.A. na wypadek zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 ustawy PZP;
- uchybienie zasadom praworządności poprzez niewyjaśnienie istotnych okoliczności, pominięcie argumentów prawnych zawartych w proteście skarżących oraz w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Skarżący podniósł, że oferta Konsorcjum nie została zabezpieczona przez wykonawcę wadium określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Skarżący wskazał, iż wadium wniósł inny podmiot, tj. NETIA S.A., który nie jest wykonawcą.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania Konsorcjum oraz zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania.

Uczestnik postępowania Konsorcjum firm: Intemetia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Talex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniosło o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

W imieniu zamawiającego - Dyrektor Sądu Apelacyjnego w Łodzi oświadczył, że nie zajmuje stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna.

Na wstępie wypada zauważyć, iż choć skarżący podnosi szereg zarzutów formalno i materialnoprawnych, to w istocie argumentacja zawarta w skardze sprowadza się do podważania prawidłowości oceny Krajowej Izby Gospodarczej co do uiszczenia wadium przez wykonawcę Konsorcjum firm; Intemetia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Talex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku. Nr 233, poz. 1655 ze zm.) zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (ustęp 3). Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego (ustęp 7).

Należy zaznaczyć, iż wadium zabezpiecza ofertę, dlatego powinno być złożone przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający nie może więc żądać wniesienia wadium wcześniej, np. na kilka dni przed upływem terminu składania ofert, ani tym bardziej w postępowaniach kilkietapowych - na etapach poprzedzających złożenie oferty (wykonawca może nie przystąpić do etapu złożenia oferty bez konsekwencji finansowych). Dowód wniesienia wadium może być zdeponowany w kasie zamawiającego bądź załączony do oferty - ustawa nie stawia ograniczeń w tym zakresie. Wadium powinno być wniesione na cały okres związania ofertą (zob. Komentarz do art. 45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Dodatkowo, wypada przypomnieć, iż zgodnie z art. 14 Prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym jak słusznie podniosła Krajowa Izba Odwoławcza czynność uiszczenia wadium w pieniądzu - poza wymogami w zakresie terminu, miejsca uiszczenia i obowiązku wykazania uiszczenia wadium przy składaniu oferty - podlega ocenie prawnej na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego.

Zgodzić się zatem wypada, iż skoro przepis art. 356 § 2 k.c. stanowi, że jeżeli wierzytelność pieniężna jest wymagalna, wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia od osoby trzeciej, chociażby działała bez wiedzy dłużnika, to rację ma Konsorcjum, iż wpłaty wadium w imieniu Konsorcjum dokonała Netia Spółka Akcyjna, która uiszczając wadium wyraźnie zaznaczyła, iż wpłata jest związana z

przedmiotowym przetargiem. Ewentualne wątpliwości związane z brakiem zaznaczenia przez spółkę akcyjną Netia, iż wpłaca wadium w imieniu Konsorcjum zostały rozstrzygnięte przez samo Konsorcjum, które składając swoją ofertę dołączyło

do niej dowód wpłaty wadium przez spółkę akcyjną Netia. W tym miejscu należy podkreślić, iż wierzyciel nie może żądać osobistego spełnienia świadczenia przez dłużnika i ma obowiązek przyjąć świadczenie od osoby trzeciej, działającej z upoważnienia dłużnika (za jego wiedzą i tym samym domniemanym przyzwoleniem - argument a contrario z art. 356 § 2 k.c. - por. Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 238). Jeśli odmówi przyjęcia świadczenia - popada w zwłokę. W jednym przypadku wierzyciel będzie mógł odmówić przyjęcia świadczenia od osoby trzeciej - mianowicie wówczas, jeśli działała będzie ona we własnym imieniu, bez wiedzy i woli dłużnika (a nawet za wiedzą dłużnika). W takiej sytuacji przyjęcie świadczenia przez wierzyciela nie stanowi jego obowiązku, a jego nieprzyjęcie nie skutkuje zwłoką; jeśli natomiast przyjmie świadczenie, zobowiązanie wygaśnie (W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Sałjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 299; A. Ohanowicz, *Zobowiązania...*, s. 164). W piśmiennictwie prezentowany jest również pogląd, że wierzyciel może odmówić przyjęcia świadczenia zaoferowanego przez osobę trzecią, gdy nie jest ono świadczeniem osobistym i pieniężnym, w sytuacji gdy pogorszyłoby to jego sytuację prawną (Rzetecka-Gil Agnieszka, Komentarz do art. 356 kodeksu cywilnego). Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy wypada wskazać, że w przedmiotowym przetargu wadium zostało niewątpliwie uiszczone za zgodą zobowiązanego do jego uiszczenia Konsorcjum (potwierdza to bowiem fakt powołania się w ofercie Konsorcjum na uiszczenie wadium przez spółkę akcyjną Netia), co więcej uiszczenie wadium przez spółkę akcyjną Netia spełniało ustawowy cel zastrzeżenia wadium (zabezpieczenie oferty) i nie pogarszało w jakikolwiek sposób sytuacji prawnej zamawiającego. Wbrew bowiem stanowisku skarżącego zamawiający nie miał wątpliwości co do przyporządkowania wpłaty wadium dokonanej przez spółkę akcyjną Netia do oferty Konsorcjum i dopiero skutek protestu skarżącego zamawiający zmienił swoją ocenę prawną postępowania Konsorcjum. W ocenie Sądu Okręgowego brak było jednak podstaw do wskazanej zmiany i uznania, że Konsorcjum nie uiściło wadium. Kwota

100.000 złotych została bowiem uiszczona przez spółkę akcyjną Netia w imieniu i za zgodą Konsorcjum w określonym terminie, wykonawca zaakceptował uiszczenie wadium przez podmiot trzeci dołączając dowód wpłat wadium do swojej oferty, a zamawiający prawidłowo uznał, zgodnie z art. 356 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, że wadium zostało uiszczone. Powyższa ocena prawna znalazła zaś dodatkowe potwierdzenie na etapie rozpoznawania odwołania Konsorcjum od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Sąd Apelacyjny w Łodzi protestu z dnia 29 grudnia 2009 roku, do którego to odwołania Konsorcjum załączyło porozumienie z osobą trzecią - spółką akcyjną Netia, mocą którego Netia S.A. zobowiązała się do uiszczenia wadium w przedmiotowym przetargu w imieniu Konsorcjum. Fakt, że okoliczność zawarcia porozumienia pomiędzy Konsorcjum i Netia S.A. została podniesiona dopiero na etapie odwołania od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu nie ma jednak znaczenia o tyle, że już w oparciu o dokumenty znajdujące się w aktach sprawy w dniu upływu terminu składania ofert możliwe było przyporządkowanie wadium wpłaconego przez Netia S.A. do oferty Konsorcjum (tym bardziej że w przedmiotowym przetargu wpłynęły dwie oferty i dwa wadia). Złożenie przez Konsorcjum porozumienia ze spółką akcyjną Netia nie było zatem konieczne, choć wskazując na kaucję świadczenia spółki akcyjnej Netia, potwierdziło prawidłowość uznania kwoty 100.000 złotych wpłaconej przez Netia S.A. za wadium uiszczone w imieniu Konsorcjum firm: Intemetia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Talex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Konkludując, na podstawie art. 198 ust. 2 zd. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 roku, Nr 223, poz. 1778) Sąd Okręgowy oddalił skargę jako

bezzasadną.

/ X \

/ ' Naorugimite właściwe podpisy

■ ■ j

i _ i Atina Kušmink, i