

Sygn. akt KIO/UZP 1998/10

POSTANOWIENIE
z dnia 28 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

w sprawie wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu **9 września 2010 r.** przez **ISOPLUS POLSKA sp. z o.o., 40 – 599 Katowice, ul. Żeliwna 43** odwołania, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., 02 – 591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 2** protestu z dnia **20 sierpnia 2010 r.**

postanawia:

1. Odrzucić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ISOPLUS POLSKA sp. z o.o., 40 – 599 Katowice, ul. Żeliwna 43 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ISOPLUS POLSKA sp. z o.o., 40 – 599 Katowice, ul. Żeliwna 43,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISOPLUS POLSKA sp. z o.o., 40 – 599 Katowice, ul. Żeliwna 43.**

U z a s a d n i e n i e

I. Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., 02 – 591 Warszawa, ul. Stefana Batorego 2 (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.; dalej: Prawo zamówień publicznych). Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 4 642 645,27 euro (druk ZP-1, w aktach sprawy).

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. (zwaną dalej Odwołującym) 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.

II. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, 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 (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) i rozporządzeń wykonawczych obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania (tj. w dniu opublikowania ogłoszenia – 16 grudnia 2009 r.).

Izba ustaliła również, że Zamawiający zawarł umowę na przedmiot zamówienia (tożsamy z przedmiotem postępowania, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie) w dniu 23 czerwca 2010 r. Okoliczności tej Odwołujący nie kwestionował.

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 przez zdarzenie – moment zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

Zasadniczo cała argumentacja Odwołującego prezentowana w celu wykazania konieczności merytorycznego rozpatrzenia odwołania sprowadzała 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 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm., 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 Odwołującego 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

Prawa zamówień publicznych), ponieważ jego ewentualne uwzględnienie nie miałyby 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 Odwołującego. Biorąc pod uwagę powyższe, właściwą drogą do dochodzenia roszczeń wynikających z niesłusznego zatrzymania wadium jest droga sądowa; sąd powszechny ma kompetencję oceny, czy niezuzpełnienie dokumentów wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a wyrok sądu przyznający rację Odwołującemu (tj. nakazujący zwrot zatrzymanego wadium) będzie egzekwowalny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych i na podstawie § 4 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 18 lipca 2007 r. z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....