

Sygn. akt: KIO/UZP 877/09

WYROK
z dnia 24 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. (lider konsorcjum), ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa, adres do korespondencji: Fin Skog S.A., ul. Bolesława Krzywoustego 12, 81-035 Gdynia; ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; ASTEC GmbH, An der Post 2, D-02906 Kreba-Neudorf** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**, protestu z dnia 5 czerwca 2009 r.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. (lider konsorcjum), ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa, adres do korespondencji: Fin Skog S.A., ul. Bolesława Krzywoustego 12, 81-035 Gdynia; ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; ASTEC GmbH, An der Post 2, D-02906 Kreba-Neudorf** i nakazuje:

- 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 uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. (lider konsorcjum), ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa, adres do korespondencji: Fin Skog S.A., ul. Bolesława Krzywoustego 12, 81-035 Gdynia; ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; ASTEC GmbH, An der Post 2, D-02906 Kreba-Neudorf,**

- 2) 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 **Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. (lider konsorcjum), ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa, adres do korespondencji: Fin Skog S.A., ul. Bolesława Krzywoustego 12, 81-035 Gdynia; ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; ASTEC GmbH, An der Post 2, D-02906 Kreba-Neudorf.**

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

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.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Modernizację i aktualizację baz danych Systemu (LPIS) 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 23-033432.

Pismem z dnia 28 maja 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawcę Konsorcjum firm: Fin 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, którego Odwołujący nie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. dokumentu, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 1 lit. j) SIWZ – Certyfikat operatora lotniczego (AWC) wraz ze specyfikacją, wydany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa

Cywilnego upoważniającego do wykonania przedmiotu zamówienia, między innymi do wykonania barwnych zdjęć lotniczych w skali 1:26 000 lub równoważnego dokumentu wystawionego w kraju pochodzenia, potwierdzonego przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dla firmy ASTEC GmbH.

Wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu miały służyć ustaleniu, czy niezpełnienie 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. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez zatrzymanie wadium Odwołującego, pomimo braku zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie,
2. 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.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający pismem z dnia 18 maja 2009 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień celem udowodnienia, że nie złożenie dokumentu, do złożenia którego wezwał Odwołującego, wynika z przyczyn nieleżących 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 niezpełnieniu jakiegokolwiek dokumentu, gdyż przedłożył dokumenty, na podstawie których firma ASTEC GmbH wykonuje w całej Europie prace odpowiadające zakresowi przedmiotowego zamówienia i dokumenty te nie są kwestionowane.

Pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający 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 Flugge-sellschaft mbH & Co, a nie dla firmy ASTEC 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 (wpływ do Prezesa UZP w dniu 30 czerwca 2009 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 25 czerwca 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 25 czerwca 2009 r.), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie 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 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 735/09 i KIO/UZP 738/09. Wyrok ten nie został zaskarżony przez Odwołującego, co sam Odwołujący

przyznał na rozprawie, a czynności Zamawiającego zostały wykonane zgodnie z dyspozycją zawartą w tym wyroku, który jest już wyrokiem prawomocnym.

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 stricte* 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.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego akt sprawy o sygn. KIO/UZP 735/09 i 738/09, gdyż okoliczność wykluczenia Odwołującego z postępowania jest okolicznością bezsporną pomiędzy stronami, a dokumenty przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie uznała za dokumenty prywatne.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....