

**WYROK**  
**z dnia 4 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**  
**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Anna Packo**  
**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław (lider konsorcjum); Berger Bau GmbH Aussere Spitalhofstrasse 19, 94036 Passau, Niemcy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Oleśnica, Rynek-Ratusz, 56-400 Oleśnica** protestu z dnia 25 sierpnia 2009 r.,

**orzeka:**

**1.oddala odwołanie,**

**2.kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław (lider konsorcjum); Berger Bau GmbH Aussere Spitalhofstrasse 19, 94036 Passau, Niemcy** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław (lider konsorcjum); Berger Bau GmbH Aussere Spitalhofstrasse 19, 94036 Passau, Niemcy,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław (lider konsorcjum); Berger Bau GmbH Aussere Spitalhofstrasse 19, 94036 Passau, Niemcy** na rzecz **Gminy Oleśnica, Rynek-Ratusz, 56-400 Oleśnica** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław (lider konsorcjum); Berger Bau GmbH Aussere Spitalhofstrasse 19, 94036 Passau, Niemcy.**

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

Gmina Oleśnica, 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 „Budowę kompleksu sportowo-rekreacyjnego w Oleśnicy – lodowiska z funkcją kortów, zapleczem socjalnym i fitness oraz przebudowę i rozbudowę basenu wraz z zagospodarowaniem terenu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało Opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 25 czerwca 2009 r., nr 2009/S 119/172879.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawcę Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum), Berger Bau GmbH z siedzibą w Passau, Niemcy, zwanego dalej „Odwołującym” o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, tj. zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy brak było podstaw prawnych do dokonania takiej czynności.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uchylenie zaskarżonej czynności oraz zwrot wadium Odwołującemu.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2009 r., wobec wskazania przez niego w ofercie

dwóch różnych osób, wezwał go do sprecyzowania przy pomocy której z nich wykonywać będzie zamówienie, dodatkowo podnosząc, że o ile osobą tą jest Krzysztof Franciszek K. Odwołujący zobligowany jest także do dołączenia dokumentów potwierdzających posiadanie przez tę osobę stosownych uprawnień. Jednocześnie pismem tym zażądał uzupełnienia wykazu sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wskazał on Krzysztofa Franciszka K., jako osobę przy pomocy której wykonywać będzie zamówienie oraz dołączył dokumenty potwierdzające posiadanie przez tę osobę stosownych uprawnień. Nie uzupełnił natomiast wykazu sprzętu jakim dysponuje.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż wprowadzenie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp miało na celu zapobieganie tzw. „zmowom cenowym”, czyli sytuacjom, gdy wykonawcy celowo nie załączając do swej oferty pewnych dokumentów wymuszali na Zamawiającym dokonania wyboru oferty z wyższą ceną. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym taka sytuacja nie miała miejsca. Oferta Odwołującego znalazła się na dziesiątej pozycji listy rankingowej. Tym samym nie miał on szansy na uzyskanie niniejszego zamówienia. Mimo to zareagował na wezwanie Zamawiającego i uzupełnił dokumenty dotyczące osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia, dodając, iż nawet gdyby przyjąć, iż uzupełnienie to nie było kompletne, czy to wskutek zaniedbania czy zapomnienia pracownika Odwołującego, to i tak nie zostały spełnione przesłanki z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, gdyż z przedłożonego przez niego wykazu, zawierającego 38 pozycji, jednoznacznie wynika jakim sprzętem dysponował.

W dniu 31 sierpnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc m.in., iż bezsporną pomiędzy stronami jest okoliczność, że Odwołujący nie uzupełnił żądanego przez Zamawiającego wykazu sprzętu i narzędzi. Tym samym Zamawiający zobowiązany był zastosować art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8 września 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 11 września 2009 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 9 września 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 9 września 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:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba 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 oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona, a zasadności dokonania tej czynności Odwołujący nie kwestionował, gdyż – jak sam przyznał na rozprawie – uważał, że złożony przez niego dokument jest prawidłowy. Nie kwestionował też decyzji Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej.

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 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 w następstwie nieuprawnionego wykluczenia z postępowania, a więc dalszego ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym wykonawca nie zostanie już przywrócony do postępowania (nie zakwestionował on w terminie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania), a zatrzymanie wadium nie jest związane z możliwością uzyskania przez niego zamówienia. Tym samym kwestia ta nie może być przedmiotem właściwym dla

zastosowania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Zatrzymanie wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie jest bowiem *sensu stricto* 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, zezwalającego Izbie na uwzględnienie odwołania tylko w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania – a sytuacja taka nie zachodzi w niniejszym przypadku – przedmiotowe odwołanie nie mogłoby być uwzględnione.

Jednocześnie należy podnieść, iż przedmiotowe roszczenie może być dochodzone odrębnie na drodze cywilnej.

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, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 **we Wrocławiu.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....