

Sygn. akt **XXIII GCo 81/15**

POSTANOWIENIE

Dnia 11 września 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: **SSO Paweł Kieta (spr)**

Sędziowie: **SSO Małgorzata Siemianowicz - Orlik**

SSO Magdalena Nałęcz

po rozpoznaniu w dniu 11 września 2015 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

(...) S.A. w W., (...) w N., (...)

z udziałem Miasta S. W.

o udzielenie zabezpieczenia skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 27 lipca 2015r.

postanawia:

oddalić wniosek

Sygn. akt XXIII GCo 81/15

UZASADNIENIE

Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. (...) S.A. w W., (...) w N., (...) (dalej: skarżący, wnioskodawcy lub konsorcjum (...)) wystąpili o udzielenie im zabezpieczenia w związku z wniesioną dnia 1 września 2015 r. skargą na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2015 r. poprzez orzeczenie zakazanie Miastu S. W., w imieniu którego działa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta (dalej także zamawiający lub obowiązany), zaproszenia wykonawców do składania ofert z pominięciem wnioskodawców, wyznaczenia terminu składania ofert, otwarcia oferta do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia skargi na orzeczenie KIO.

Wnioskodawca wskazał, że ma interes w udzieleniu zabezpieczenia, gdyż obecnie jego wniosek pierwotnie został sklasyfikowany na 6 pozycji, podczas gdy 5 wykonawców zostanie zaproszonych do składania ofert, a potwierdzenie zarzutów podnoszonych w skardze spowoduje, że wykonawca, którego oferta uplasowała się na miejscu pierwszym zostanie wykluczony, zaś zmiana wyroku KIO w zakresie dotyczącym W. i uwzględnienie jego stanowiska spowoduje ponownie przesunięcie się wnioskodawcy na pozycję umożliwiającą mu zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania przetargowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Wniosek o zabezpieczenie podlegał oddaleniu.

Zgodnie z art. 730¹ § 1 k.p.c. udzielenia zabezpieczenia może żądać każda strona lub uczestnik postępowania, jeżeli uprawdopodobni roszczenie oraz interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia. Interes prawny istnieje wówczas, gdy brak zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie. Przy

wyborze sposobu zabezpieczenia Sąd uwzględni interesy stron lub uczestników postępowania w takiej mierze, aby uprawnionemu zapewnić należytą ochronę prawną, a obowiązane nie obciążać ponad potrzebę. Na podstawie art. 198a ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) przepis art. 730¹ kpc i nast. dotyczące zabezpieczenia znajdują odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się w skutek wniesienia skargi na orzeczenie KIO.

Dla uwzględnienia wniosku i w efekcie udzielenia zabezpieczenia muszą zachodzić łącznie obie wymienione w art. 730¹ § 1 kpc przesłanki, tj. uprawdopodobnienie roszczenia i interesu prawnego. Brak uprawdopodobnienia choćby jednej z przesłanek zabezpieczenia musi bowiem skutkować oddaleniem wniosku.

Zgodnie z art. 730¹ § 2 k.p.c. interes prawny w udzieleniu zabezpieczenia istnieje wtedy, gdy brak zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie.

W ocenie Sądu Okręgowego wnioskodawca nie uprawdopodobnił interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia. Wnioskodawca przedstawił jedynie, że po pozytywnym rozpoznaniu skargi będzie miał szanse na uczestnictwo w dalszym etapie przetargu.

Na wstępie należy zauważyć, że wbrew twierdzeniu skarżącego za udzieleniem zabezpieczenia nie przemawiają przepisy Dyrektywy 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 z dnia 21 grudnia 1989 r. (Dz.Urz.U.E.L Nr 395, str. 33), albowiem w art. 2 regulują one zasady które powinny być implementowane do prawa krajowego państwa członkowskiego w zakresie możliwości odwołania od decyzji zamawiającego. Z uwagi na różnorodność instytucji odwoławczych i form w jakich podejmują one swoje decyzje (rozstrzygnięcia) dyrektywa odwołuje się do różnorodnych sposobów działania instytucji odwoławczych.. Pełnomocnik cytując art. 2 ust.1 dyrektywy nie wspominał o treści ust. 3 i następnych tego samego przepisu, który w sposób jednoznaczny precyzuje że sprawa zawieszenia postępowania przetargowego i niemożności zawarcia umowy dotyczy postępowania przed organem odwoławczym, którym w Polsce jest Krajowa Izba Odwoławcza. Nie dotyczy natomiast w żadnym razie zabezpieczenia postępowania wszczętego ze skargi przed Sądem Okręgowym. Ta instytucja prawna nie jest przedmiotem zapisów dyrektywy. Można wywieść z nich zasadę szybkości postępowania "odwoławczego" i zabezpieczenia interesów odwołującego, jednakże po pierwsze, dotyczy ona sprawności w rozpoznaniu odwołania, po drugie, dotyczy zabezpieczenia interesów odwołującego na etapie już wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji zawarcia umowy.

W niniejszej natomiast sprawie mamy do czynienia z pierwszym etapem postępowania ograniczonego, czyli wyłonieniem wykonawców którzy będą uczestniczyć w dalszych etapach.

Brak zabezpieczenia nie uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia.

Każda bowiem czynność zamawiającego wpływająca na krąg wykonawców biorących udział w przetargu i ich prawa może podlegać zaskarżeniu w drodze odwołania oraz skargi. Jednakże do momentu zawarcia umowy na podstawie wyboru oferty najkorzystniejszej wszystkie jego działania są możliwe do powtórzenia na podstawie środków ochrony prawnej. Oznacza to, że zamawiający może zostać zmuszony do konwalidacji swoich nieprawidłowych działań.

W ocenie Sądu Okręgowego na tym etapie postępowania nie zachodzi również obawa utrudnienia postępowania.

Po pierwsze, z wyroku KIO wynika, że zamawiający musi dokonać ponownej weryfikacji i oceny zgłoszonych wniosków konsorcjum, którego liderem jest (...) S.p.A. i konsorcjum (...). W przypadku konsorcjum (...) orzeczenie dotyczy podmiotu zakwalifikowanego do dalszej procedury przetargowej, natomiast z żadnej informacji dostępnej sądowi tj. strony internetowej Zamawiającego (...), dokumentów złożonych przy skardze, czy też w odpowiedzi Zamawiającego na skargę jak też dołączonych do wniosku o zabezpieczenie nie wynika, aby czynności te zostały zakończone. Co więcej

nie ma żadnych dokumentów lub innych źródeł z których wynikałoby, że w ogóle podjęto czynności zmierzające do ustalenia, ponownie, grupy wykonawców podlegających zaproszeniu.

Po drugie, dopiero od momentu zaproszenia do składania ofert liczy się termin do ich złożenia.

Zgodnie z art. 52 ust.2. ustawy – Prawo zamówień publicznych „Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 22 dni (ust.3).”

Sąd nie ma wiedzy, który z ww. terminów ma zastosowanie w sprawie, jednakże Zamawiający może dopiero po zaproszeniu do składania ofert wyznaczyć termin nie krótszy niż 22 dni na ich zgłoszenie, wobec czego brak zabezpieczenia nie utrudni postępowania przetargowego, ponieważ nie ma jeszcze żadnych terminów które doprowadziłyby, po ich upływie do ewentualnego sfinalizowania przetargu.

Na koniec należy zauważyć, że wniosek konsorcjum (...), jak sam wskazał, dotyczy zabezpieczenia roszczenia polegającego na zaproszeniu go do złożenia oferty w postępowaniu, co zwiększy jego szanse na zawarcie umowy. Natomiast żądanie wniosku zabezpieczenia nie jest tożsame z żądaniem wskazanym w skardze złożonej przez Konsorcjum.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 730¹ k.p.c. w zw. z art. 198a ust 2 ustawy PZP wniosek oddalił.