

Sygn. akt: KIO 1069/11

POSTANOWIENIE
z dnia 6 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2011 r. przez wykonawcę **Barbarę Maziarz prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Barbara Maziarz, pl. Wolności 16E, 97-400 Bełchatów** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bełchatów, ul. T. Kościuszki 1, 97-400 Bełchatów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Pawła Forusińskiego i Tomasza Majora – współników spółki cywilnej prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Format S.C. Paweł Forusiński, Tomasz Major, ul. Przemysłowa 6, 97-400 Bełchatów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) na rzecz wykonawcy **Barbary Maziarz prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Barbara Maziarz, pl. Wolności 16E, 97-400 Bełchatów**, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Bełchatów, ul. T. Kościuszki 1, 97-400 Bełchatów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, z zastosowaniem aukcji elektronicznej, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Termomodernizacja budynku Samorządowego Przedszkola nr 3 w ramach zadania inwestycyjnego pn. Termomodernizacja placówek oświatowych – przedszkola”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę mniejszą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia z dnia 20 kwietnia 2011 r. pod nr 120271 - 2011.

W dniu 23 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Barbary Maziarz prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Barbara Maziarz, pl. Wolności 16E, 97-400 Bełchatów (wpływ bezpośredni), wobec decyzji o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Informację w tym zakresie zamawiający przekazał odwołującemu w dniu 19 maja 2011 r. Odwołujący podnosił, iż powyższe czynności zostały podjęte przez zamawiającego z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, tj. art. 7, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 45 ust.3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą.

Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania oferty odwołującego, ustalenia, że została ona zabezpieczona wadium oraz powtórzenia czynności oceny ofert w ramach prowadzonego postępowania, a w szczególności dokonania oceny oferty odwołującego w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert,
- 3) zaproszenie odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu wskazywał, iż zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp argumentując, iż „wykonawca nie dopełnił formalności złożenia oryginału gwarancji wadialnej

w kasie zamawiającego, i tym samym wadium nie zostało skutecznie wniesione. Umieścił gwarancję zapłaty wadium w kopercie razem z ofertą, opatrzonej klauzulą „nie otwierać przed godz. 10.30 dnia 5.05. 2011r., podczas gdy termin składania ofert upłynął o godz.10.00. Zgodnie z pkt VIII SIWZ - Wykonawcy zobowiązani byli wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert, przy czym uważa się, że wadium jest skutecznie wniesione w tym przypadku w formie Gwarancji Ubezpieczeniowej jeżeli: kasa Zamawiającego potwierdzi fakt złożenia wadium przed upływem terminu składania ofert". W ocenie odwołującego czynność wykluczenia podjęta została z rażącym naruszeniem prawa. Zgodnie bowiem z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp „wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert". Oznacza to, iż w zaistniałej sytuacji faktycznej wadium zostało wniesione z dochowaniem ustawowego wymogu tj. przed upływem terminu składania ofert. Oryginał gwarancji załączony został bowiem do oferty, która przed upływem terminu składania ofert tj. przed godz. 10.00 w dniu 5 maja 2011 r. została złożona w siedzibie zamawiającego. Wniesienie wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 ustawy Pzp). Wniesienie wadium jest dokonane w chwili, gdy interesy zamawiającego, postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone. Tą chwilą jest data wpłacenia pieniędzy na rachunek bankowy zamawiającego - gdy wadium jest wnoszone w pieniądzu, lub data złożenia oświadczenia woli przez poręczyciela lub gwaranta - gdy wadium jest wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji. Przepisy ustawy Pzp o terminie i formach wniesienia wadium nie uzależniają skutku prawnego wniesienia wadium od przedłożenia zamawiającemu dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, ważne jest, aby było ono wniesione przed upływem terminu składania ofert. Wprowadzenie więc przez zamawiającego wobec wykonawców dodatkowych wymagań związanych z potwierdzaniem faktu złożenia wadium nie ma żadnego wpływu na skuteczność ustanowienia wadium. Owo „potwierdzenie faktu złożenia wadium" należy oceniać tylko jako zabieg techniczny, ustanawiający dodatkową formalność do spełnienia przez wykonawców. Formalność, która nie może niweczyć skutecznego wniesienia wadium w myśl zapisów ustawy Pzp. Odnosząc się do istoty wadium wnoszonego w formie gwarancji wadialnej, w ocenie odwołującego, zdaniem odwołującego, zamawiający nie dostrzega istoty tej formy zabezpieczenia. Ustanowienie wadium w tej formie następuje bowiem już w dacie złożenia oświadczenia woli przez gwaranta, zaś jego wniesienie w chwili złożenia oryginału tego dokumentu zamawiającemu. Złożenie wraz z ofertą oryginału gwarancji wadialnej pozwoliło zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wadium w tej formie zostało skutecznie wniesione. Fakt wniesienia wadium przez odwołującego wynika z takiego dokumentu załączonego do

oferty i nie może on budzić wątpliwości. Oparcie się przez zamawiającego na wadzie formalnej - tj. złożeniu oryginału gwarancji wraz z ofertą, zamiast w kasie urzędu przy jednoczesnym potwierdzeniu przez kasę tego faktu, jest sprzeczne z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp. Nie mogą bowiem wady formalne niweczyć skutku materialno - prawnego, jakim jest zabezpieczenie oferty wymaganą kwotą wadium. Przepis przewidujący wykluczenie wykonawcy, który zamawiający podał jako podstawę wykluczenia odwołującego, odnosi się do niewniesienia wadium, a nie braku udokumentowania, czy też innej formy udokumentowania, że wadium zostało wniesione. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu dnia 23 maja 2011 r.

Zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania w dniu 24 i 25 maja 2011 r., przekazując drogą faxową wezwanie wraz z kopią odwołania.

Pismem z dnia 26 maja 2011 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Odwoławczej w tej samej dacie faxem, a w oryginale w dniu 27 maja 2011 r., zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględnił w całości zarzut przedstawiony w odwołaniu i wnosił o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron. Pismo zostało podpisane przez Prezydenta Miasta Bełchatowa Pana Marka C.

W dniu 27 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców: Pawła Forusińskiego i Tomasza Majora – wspólników spółki cywilnej prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Format S.C. Paweł Forusiński, Tomasz Major, ul. Przemysłowa 6, 97-400 Bełchatów, wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby udostępnionej przez Urząd Zamówień Publicznych. W przystąpieniu wskazano, co potwierdza także dokumentacja postępowania, iż zgłaszający przystąpienie otrzymał kopię odwołania w dniu 25 maja 2011 r. Zgłaszający przystąpienie podnosił, iż posiada interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż złożył ofertę w przedmiotowym przetargu, oferta ta jest najkorzystniejsza pod względem ceny, która była jedynym kryterium oceny ofert. W związku z powyższym w przypadku korzystnego rozstrzygnięcia niniejszego postępowania dla zamawiającego, zgłaszający przystąpienie ma duże szanse na wygranie postępowania i uzyskanie zamówienia. Zgłaszający przystąpienie nie zgadzał się z argumentami odwołania i wnosił o jego oddalenie. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez Tomasza M. – jednego ze wspólników spółki cywilnej uprawnionego do reprezentacji na podstawie

pełnomocnictwa z dnia 5 maja 2011 r. załączonego do oferty. Izba ustaliła, iż zgłaszający przystąpienie przekazał kopię zgłoszenia przystąpienia faxem zamawiającemu w dniu 27 maja 2011 r., a odwołującemu w dniu 30 maja 2011 r. Izba uznała, iż spełnione są przesłanki skuteczności przystąpienia, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby literalna interpretacja art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż 3-dniowy termin wyznaczony tym przepisem dotyczy zgłoszenia przystąpienia, które realizuje się poprzez doręczenie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenia przystąpienia w wymaganej ustawą Pzp formie. Brak jest natomiast wyraźnej regulacji (np. stanowiącej odpowiednik art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku odwołania), która nakazywałaby odnoszenie 3-dniowego terminu również do przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia. Tym samym okoliczność, iż przesłanie kopii przystąpienia odwołującemu miało miejsce po upływie 3-dniowego terminu na jego wniesienie, pozostaje bez wpływu na stwierdzenie skuteczności przystąpienia. Wobec przystąpienia nie została również wniesiona opozycja. W związku z powyższym, wobec spełnienia przesłanek wskazanych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, należało uznać przystąpienie po stronie zamawiającego za skuteczne.

Wobec powyższego, z uwagi na treść art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, Izba umarza postępowanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba uznała, iż w przedmiotowych okolicznościach zaistniała konieczność wezwania przystępującego do wniesienia sprzeciwu w oparciu o regulację wynikającą z dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280).

Wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu nastąpiło w dniu 31 maja 2011 r., z zastrzeżeniem 3-dniowego terminu od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania. Do dnia 3 czerwca 2011 r. do Izby nie wpłynęło oświadczenie przystępującego o wniesieniu sprzeciwu. W związku z powyższym uznać należy, iż nie złożył sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 3 ustawy Pzp), co warunkuje dopuszczalność umorzenia postępowania przez Izbę.

Skoro zatem zamawiający, prawidłowo reprezentowany, w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia w całości wszystkie zarzuty odwołania, przyjmując należy, że zamawiający uznał w pełni zarzuty odwołującego. Powyższe oświadczenie nie podlega ocenie co do jego zasadności, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza jest nim

związana, zaś zamawiający obowiązany jest wykonać czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W związku z tym, wobec ustalenia, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu;
2. przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie złożył sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 b) ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do treści § 5 ust. 1 pkt 2 a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....