

Sygn. akt: KIO 1868/10

WYROK
z dnia 13 września 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 30 sierpnia 2010 r. wniesionego przez **Edwina Mocek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Drogowych Edwin Mocek, 60-766 Poznań, ul. Matejki 4/25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Murowana Goślina, 62-095 Murowana Goślina, ul. Poznańska 18**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Edwina Mocek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Drogowych Edwin Mocek, 60-766 Poznań, ul. Matejki 4/25

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Edwina Mocek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót**

Drogowych, 60-766 Poznań, ul. Matejki 4/25, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Edwina Mocek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Drogowych Edwin Mocek, 60-766 Poznań, ul. Matejki 4/25** na rzecz **Gmina Murowana Goślina, 62-095 Murowana Goślina, ul. Poznańska 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 1868/10)

Zamawiający, Gmina Murowana Goślina, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont nawierzchni polegający na ułożeniu nowej nawierzchni asfaltowej na ulicy wojska Polskiego w Murowanej Goślinie wraz z podniesieniem studni kanalizacyjnych”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 24.08.2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu Edwina Mocek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Drogowych Edwin Mocek na podstawie art. 14 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z nie wniesieniem wadium do upływu terminu składania ofert. Zamawiający jako okoliczności faktyczne uzasadniające powyższe wskazał, iż wadium do banku prowadzącego jego rachunek bankowy wpłynęło o godz. 11.50 w dniu 15.07.2010 r., tj. po upływie terminu składania ofert, który upływał w dniu 15.07.2010 r. o godz. 10.00.

W dniu 30.09.2010 r. Edwin Mocek wniósł odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy, poprzez uznanie, iż wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, co stanowiło podstawę do jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo wcześniejszego wniosku zamawiającego i przedłużeniu terminu związania ofertą i ważności wadium; a ponadto, poprzez brak niezwłocznego poinformowania wykonawcy o zaistnieniu przyczyny wykluczenia.
- art. 85 ust. 2 i 4 ustawy, poprzez nieuzasadnione przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium, pomimo uznania, że wykonawca nie wniósł wadium w terminie określonym w SIWZ,

- art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- art. 91 ustawy, poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, iż pismem z dnia 5 sierpnia 2010 r. Zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy zwrócił się do wszystkich Wykonawców, którzy złożyli ofertę z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni tj. do dnia 11 października 2010 r, z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. W odpowiedzi na powyższe odwołujący złożył w wyznaczonym terminie pisemne oświadczenia z dnia 11 sierpnia 2010r. o wyrażeniu zgody na przedłużenie związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium o 60 dni. Tym samym termin związania ofertą powinien ulec przedłużeniu o wskazany wyżej okres.

Ponadto, zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, termin składania ofert upłynął w dniu 15 lipca 2010r. Zgodnie z przepisami ustawy PZP od tego terminu liczony jest okres związania ofertą.

Zgodnie z procedurą przetargu nieograniczonego, po upływie terminu składania ofert następuje etap otwarcia ofert oraz ich badania pod względem formalnym, a następnie merytorycznym.

W związku z powyższym, Zamawiający już na tym wstępnym etapie oceny ofert powinien ustalić czy nie zachodzą przesłanki do wykluczenia danej oferty zgodnie z przepisami art. 24 ustawy PZP, a w przypadku uznania, że takie przesłanki zachodzą wykluczyć danego wykonawcę, już na tym etapie postępowania. O wykluczeniu wykonawcy z ubiegania się o zamówienie zamawiający powinien zawiadomić niezwłocznie zainteresowanego. Zawiadomienie powinno być sporządzone zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 9 ust. 1 w formie pisemnej, z podaniem uzasadnienia okoliczności faktycznych i prawnych. Takie zawiadomienie jest czynnością, na którą uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia ma prawo wnieść przewidziane przez ustawę środki ochrony prawnej (art. 179 ust. 1). Zatem jeżeli Zamawiający uznał, że wykonawca nie wpłacił wadium w terminie określonym w SIWZ, powinien niezwłocznie poinformować go, że zachodzi formalna podstawa do wykluczenia go z postępowania. Zamawiający jednak tego nie uczynił, przez co uchybił obowiązkowi wskazanym w ustawie PZP.

W związku z powyższym, zawiadomienie wykonawcy o wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium w terminie, dopiero w dniu 24 sierpnia 2010r., tj. po faktycznym przedłużeniu terminu związania ofertą jest działaniem sprzecznym z prawem i narusza prawa i interesy wnoszącego odwołanie.

W świetle powyższych okoliczności nie było również podstaw do przedłużenia terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy PZP.

Jak wynika z treści powyższego przepisu, przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli zamawiający zdecydował o wykluczeniu oferty wykonawcy, nie mógł skutecznie wnioskować o jej przedłużenie. Idąc dalej tym rozumowaniem, zamawiający nie mógł także zdecydować o przedłużeniu ważności wadium skoro stwierdził, że nie zostało ono wpłacone w terminie. Takie działanie wykonawcy stanowiło zatem naruszenie przepisu art. 85 ust. 4 ustawy PZP.

Ponadto, jeżeli zamawiający nie poinformował wcześniej wykonawcy o istnieniu przyczyny wykluczenia (do czego był zobowiązany), a jednocześnie zwrócił się o przedłużenie terminu związania ofertą, potwierdził tym samym prawidłowość złożonej przez wykonawcę oferty. Wnoszący odwołanie miał więc uzasadnione powody, by twierdzić o istnieniu takiego stanu rzeczy. Późniejsza informacja Zamawiającego o wykluczeniu, wprowadziła natomiast w błąd wykonawcę, co do spełnienia przez niego wszelkich przesłanek określonych w SIWZ.

Należy również podkreślić, iż okoliczność stwierdzenia przez Zamawiającego na wstępnym etapie badania ofert formalnej podstawy wykluczenia z postępowania jednego z dwóch wykonawców, stanowiła przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z uwagi na uczestniczenie w przetargu de facto tylko jednego oferenta, co byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami dotyczącymi udzielania zamówień. Przyjęcie powyższego założenia wykluczałoby zatem możliwość wyboru drugiego z oferentów - POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o.

Odnosząc się natomiast do kwestii terminowości wpłacenia wadium przez wnoszącego odwołanie, należy zauważyć, iż zamawiający niesłusznie obarcza wykonawcę odpowiedzialnością za niewpłacenie wadium w terminie określonym w SIWZ. Jego oferta została bowiem zabezpieczona poprzez wniesienie wadium w żądanej wysokości, co potwierdzono załączeniem do złożonej oferty dowodem wpłaty wadium w postaci potwierdzenia przelewu. Należy podkreślić, iż oznaczona jako wadium kwota została przekazana z rachunku przed terminem składania ofert tj. 15 lipca 2010r. przed godziną 10.00. Okoliczność, braku zaksięgowania środków na koncie przez bank Zamawiającego do tej godziny, jest całkowicie niezależna od wnoszącego wadium wykonawcy. Nie może on bowiem ponosić konsekwencji działań osób trzecich, tj. banku obsługującego Zamawiającego, który zaniedbał dokonania czynności przekazania środków w określonym czasie, tj. do godz. 10.00.

W związku z powyższym brak jest podstaw do uznania, że wadium nie zostało wniesione w terminie, a tym samym wykluczenia wnoszącego odwołanie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy.

Nadto, zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, (wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót). Skoro, jak wcześniej wskazano, nie było uzasadnionych podstaw do wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy, to zgodnie z art. 26 ust.3 Pzp zamawiający powinien wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Brak wezwania w tej mierze ze strony zamawiającego stanowi zatem naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz oświadczenia zamawiającego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy zastosowanego jako podstawa wykluczenia odwołującego w powołanych przez zamawiającego okolicznościach faktycznych jest nieuprawniony.

Zgodnie z brzmieniem powołanego przepisu zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania m.in. w przypadku gdy nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Za utarte w praktyce stosowania przepisów ustawy oraz utrwalone i jednolite w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych należy uznać takie rozumienie ww. przepisu, z którego wynika obowiązek skutecznego, niejako „fizycznego” dostarczenia wadium zamawiającemu przed terminem składania ofert. Uznaje się więc, iż przed tym terminem w gestii zamawiającego winna znaleźć się czy to gwarancja wadialna czy wadium wniesione w pieniądzu (na rachunku zamawiającego), tak aby już od chwili składania ofert mógł skutecznie zabezpieczeniem wadialnym rozporządzać i ewentualnie zeń zaspokoić roszczenia przypisane ustawą.

W okolicznościach niniejszej sprawy za bezsporny należało uznać fakt wpływu kwoty wadialnej do zamawiającego po terminie składania ofert (na jego rachunek bankowy) potwierdzony przez służby finansowe zamawiającego (pismo z dnia 16.07.2010 r w dokumentacji postępowania). Odwołujący wywodził natomiast, iż nie ponosi on winy za niewpłacenie wadium w terminie określonym w siwz. Oznaczona jako wadium kwota została przekazana z rachunku przed terminem składania ofert tj. 15 lipca 2010r. przed godziną 10.00. Okoliczność, braku zaksięgowania środków na koncie przez bank zamawiającego do tej godziny, jest całkowicie niezależna od wnoszącego wadium wykonawcy i tym samym nie może on ponosić konsekwencji działań osób trzecich.

Z tego typu stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. To wykonawcy ponoszą wszelkie ryzyko związane ze skutecznością dostarczenia zamawiającemu wadium i konsekwencje jego ewentualnego braku przed terminem składania ofert. Zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy zawartej w ww. przepisie jest tu niejako „automatyczne”, uzależnione od wystąpienia wskazanych tam okoliczności, które nie są dodatkowo powiązane z jakimkolwiek stopniem zawinienia ich wystąpienia. W tego typu okolicznościach jakie miały miejsce w niniejszym postępowaniu zamawiający zobligowany więc był do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Konsekwentnie zamawiający nie naruszył również art. 26 ust. 3 Pzp nie wzywając do uzupełnienia dokumentów wykonawcy, który podlegał obligatoryjnemu wykluczeniu w związku z wystąpieniem innej przesłanki wykluczenia.

Poza zakresem orzekania w niniejszej sprawie pozostawiono zarzut naruszenia art. 85 ust. 2 i 4 ustawy uznając, iż jest to zarzut spóźniony. Odwołanie dotyczące czynności w ramach tego zarzutu kwestionowanej (wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą) zamawiające mógł wnieść w terminie na to przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp liczonym od dnia podjęcia tej czynności, tj. od 05.08.2010 r.

Jedynie na marginesie Izba zaznacza, iż w tym zakresie, względem czynnościami zamawiającego, które w jego ocenie wprowadzały go w błąd i były podjęte nieprawidłowo oraz doprowadziły do powstania po jego stronie jakiegokolwiek uszczerbku, wykonawca może domagać się naprawienia powstałej w związku z powyższym szkody na zasadach ogólnych w drodze powództwa do sądu powszechnego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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).

.....