

**WYROK**

**z dnia 12 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o. we Wrocławiu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w Katowicach kwotę 3 924 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. przez specjalistyczne, uzbrojone formacje ochronne.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 maja 2012 r., pod numerem 2011/S 92-152647.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

20 sierpnia 2012r. zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Security Provider Sp. z o.o. we Wrocławiu, Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o. we Wrocławiu do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy.

Wezwani wykonawcy wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 sierpnia 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, art. 24 ust. 2 pkt. 2 w związku z art. 184 Pzp przez zaniechanie wykluczenia odwołującego oraz art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty odwołującego, dokonania czynności wykluczenia odwołującego oraz czynności odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty i o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp. Wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia

umowy, oświadczył, iż nie zamierza przedłużyć ważności wadium, co w świetle bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi podstawę do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania. Podkreślił, że oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający ocenił, że odwołujący wnosząc kolejne odwołania dąży do uchylecia się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z uniemożliwieniem zamawiającemu zatrzymania wniesionego przez odwołującego wadium.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę. Odwołujący nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę. Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko i wskazał, że ważność wadium wniesionego przez odwołującego upływa 25 września 2012r., zatem podstawy do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp zaistnieją dopiero po tej dacie.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego zawartego w piśmie z 10 września 2012r. zatytułowanego „Zażalenie”, w którym odwołujący działając przez pełnomocnika Panią Joannę Popławską (pełnomocnictwo z 5 września 2012 r. ) i powołując się na art. 394 § 1 pkt 1 k.p.c. w związku z art. 185 ust. 7 Pzp i w związku z art. 1160 § 2, art. 133 § 3 k.p.c. oraz z § 15 ust. 2 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr, 48, poz. 280 – dalej jako: „regulamin postępowania przy rozpoznawaniu odwołań”) wniósł o uchylenie wyznaczonego terminu rozprawy, doręczanie wszelkiej korespondencji wyznaczonemu pełnomocnikowi odwołującego zgodnie z art. 1160 § 2, art. 133 § 3 k.p.c. oraz o wyznaczenie nowego terminu rozprawy zgodnie z § 15 ust. 2 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami k.p.c. zawiadomienia skierowane do przedsiębiorcy winny być doręczana na wskazany adres do doręczeń. Powołał pełnomocnictwo znajdujące się w aktach sprawy.

Izba ustaliła, że odwołanie wniesione zostało w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przez Panią D..... W..... na podstawie pełnomocnictwa z 16 sierpnia 2012r. zawierającego umocowanie m.in. do reprezentacji w postępowaniu odwoławczym. Pełnomocnictwo to zostało załączone do odwołania.

Zawiadomienie o terminie posiedzenia zostało skierowane 5 września 2012r. na adres wskazany w odwołaniu. W aktach sprawy znajdują się potwierdzenia otrzymania zawiadomienia przez odwołującego za pośrednictwem faksu oraz maila.

W aktach sprawy znajduje się również pismo odwołującego informujące o ustanowieniu od dnia 3 września 2012r. pełnomocnika do doręczeń - Pani J..... P....., której adres jest inny, niż wskazany w odwołaniu,

Izba zważyła, że z § 15 ust. 2 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań nakazuje doręczenie stronom i uczestnikom zawiadomienia o terminie i miejscu rozprawy co najmniej 3 dni przed wyznaczonym terminem rozprawy. § 15 ust. 4 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wskazuje z kolei, że za doręczenie zawiadomienia uważa się również zawiadomienie przesłane faksem stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego, jeżeli potwierdziły fakt jego otrzymania. § 4 ust. 1 pkt 1 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań nakazuje podanie w odwołaniu adresu lub siedziby odwołującego, numeru telefonu lub faksu oraz adresu poczty elektronicznej odwołującego.

Zawiadomienie odwołującego o terminie posiedzenia wysłane 5 września 2012r. odpowiada prawu. Zostało przesłane stronie na adres wskazany w odwołaniu, z zachowaniem przepisanej treści. Odwołujący potwierdził fakt otrzymania zawiadomienia. Izba zważyła, że przepisy k.p.c. powołane przez odwołującego nie znajdują zastosowania w sprawie. W postępowaniu odwoławczym z mocy art. 185 ust. 7 Pzp zastosowanie mają wyłącznie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym) i to w sprawach nie regulowanych przez ustawę (*vide*: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 9 czerwca 2009r., KIO 655/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 września 2009r, KIO 1163/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 października 2009, KIO 1203/09). Zakres zastosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego do postępowania odwoławczego jest dość ograniczony, przede wszystkim z uwagi na fakt, iż samo prawo zamówień publicznych dość drobiazgowo normuje postępowanie odwoławcze (tak m.in.: J. Jerzykowski, Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.). Sposób powiadamiania stron w postępowaniu odwoławczym został uregulowany w prawie zamówień publicznych, zatem przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące powiadamiania stron w postępowaniu przed sądem polubownym nie znajdują zastosowania w postępowaniu odwoławczym.

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż odwołujący nie jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Niewątpliwie nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia

odwołujący - wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a który domaga się własnego wykluczenia z udziału w postępowaniu. Środki ochrony prawnej służą bowiem zabezpieczeniu praw w postępowaniu wykonawcy dążącemu do uzyskania zamówienia, a nie unieważnieniu postępowania. Składanie odwołania w celu unieważnienia postępowania nie mieści się w interesie w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Prezentowane rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia kształtuje się jednolicie w orzecznictwie krajowej Izby Odwoławczej, znajduje również potwierdzenie w orzeczeniach Sądów Okręgowych.

Brak interesu w uzyskaniu zamówienia stanowi samoistną i wystarczającą przesłankę do oddalenia odwołania.

Niezależnie od powyższego zarzuty odwołania pozbawione są uzasadnionych podstaw.

Wadium stanowi zabezpieczenie rezultatu postępowania w sprawie zamówienia publicznego w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Oferta odwołującego jest w dniu wydania orzeczenia zabezpieczona wadium, a zamawiający wzywając do jego przedłużenia nie wyznaczył terminu, do upływu którego odwołujący ma przedłużyć ważność wadium.

Postępowanie o udzielenie zamówienia nie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, nie jest obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro w dniu wydania orzeczenia oferta odwołującego jest zabezpieczona wadium, to jest możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika odwołującego – koszty dojazdu na posiedzenie oraz wynagrodzenia pełnomocnika z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....