

Sygn. akt: KIO/2670/10

WYROK
z dnia 22 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „MELIOREX” Sp. z o.o., 16-420 Raczki, ul. Kolejowa 12** odwołania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Strzegowo, 06-445 Strzegowo, ul. Plac Wolności 32**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „MELIOREX” Sp. z o.o., 16-420 Raczki, ul. Kolejowa 12 i nakazuje

- a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „MELIOREX” Sp. z o.o., 16-420 Raczki, ul. Kolejowa 12,**
- b) zasądza od **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego „MELIOREX” Sp. z o.o., 16-420 Raczki, ul. Kolejowa 12** na rzecz **Gminy Strzegowo, 06-445 Strzegowo, ul. Plac Wolności 32** koszty w wysokości 4.078 zł 21 gr. (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt osiem złotych dwadzieścia jeden groszy) poniesione przez stronę w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na posiedzenie Izby.

3. Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Strzegowo w trybie przetargu nieograniczonego na *rozbudowę systemu gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Strzegowo*, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 sierpnia 2010 r., wykonawca PPH „MELIOREX” Sp. z o.o. z Raczków wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 listopada 2010 r. faksem oraz na piśmie wysłanym w tym samym dniu do zamawiającego. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności unieważnienia postępowania będącej wynikiem wykluczenia odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zawiadomienie z dnia 30.11.2010 r. zamawiający przekazał odwołującemu listem poleconym doręczonym w dniu 2.12.2010 r. Podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania, wskazaną przez zamawiającego było nie zabezpieczenie oferty wadium w okresie od upływu terminu ważności wniesionego wadium (20.09.2010r. – 19.10.2010 r.) do czasu przesłania zamawiającemu aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, co nastąpiło z zachowaniem dopuszczonej przez zamawiającego formy komunikowania się, w dniu 22.10.2010 r. Zamawiający, mając na uwadze ustalony przez siebie sposób komunikowania się z wykonawcami, nie uwzględnił wysłanego w formie elektronicznej w dniu 19.10.2010 r. aneksu do gwarancji wadialnej. Uznając, iż oferta nie była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, zamawiający wykluczył odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy.

W odwołaniu zarzucono zamawiającemu dokonanie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i w konsekwencji unieważnieniu tego postępowania z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 1. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający otrzymał w dniu 19 października 2010 r. drogą elektroniczną wiadomość o przedłużeniu wadium wraz z aneksem i wyjaśnieniem, w którym wskazano, że taka droga powiadomienia spowodowana została awarią faksu w Urzędzie Gminy Strzegowo. Informację o awarii, odwołujący otrzymał od jednego z pracowników urzędu, po wielokrotnych, nieudanych próbach przekazania pisma na wskazany przez zamawiającego numer faksu, dopuszczony jako forma porozumiewania się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał na obowiązek zamawiającego zapewnienia prawidłowego działania urządzenia, za pomocą którego wykonawcy mogli przekazywać oświadczenia, jak i dokumenty. Wykonawca działał w przeświadczeniu, iż w

dniu 19 października 2010 r. będzie mógł przekazać zamawiającemu dokument za pomocą faksu. Zdaniem odwołującego, nie może on ponosić negatywnych skutków wadliwego funkcjonowania urządzeń teletransmisyjnych w siedzibie zamawiającego, w którego gestii leżało zabezpieczenie prawidłowej pracy urzędnika udostępnionego wykonawcom do przekazywania korespondencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

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. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szkada ta wyraża się w utracie korzyści, jakie odwołujący uzyskałby realizując przedmiotowe zamówienie na skutek decyzji zamawiającego o wyborze oferty innego wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ewentualne uwzględnienie odwołania prowadzić musiałoby do przywrócenia wykonawcy do udziału w postępowaniu, co wiązałoby się z koniecznością uchylecia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od ograniczonego treścią art. 180 ust. 2 ustawy, zakresu zaskarżalności czynności zamawiającego w postępowaniu o wartości poniżej „progów unijnych”.

W ocenie Izby, okoliczności faktyczne, jakie udało się ustalić w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, potwierdzały słuszność decyzji zamawiającego, który uznał, iż wykonawca nie przedłużył ważności wniesionego wadium w odpowiednim terminie. Wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej wadium (złożone w oryginale

zamawiającemu) posiadało termin ważności w okresie od 20.09.2010r. do 19.10.2010 r. Odwołujący, uzyskał w dniu 18.10.2010 r. aneks nr A1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG25/0112/10/0030 wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział Białystok, przedłużający okres jej obowiązywania do dnia 19.11.2010 r. Nie było spornym między stronami, iż aneks ten zastał wniesiony do zamawiającego w oryginale w dniu 22 października 2010 r. Izba ustaliła, iż w dniu 19 października 2010 r. o godzinie 14:56 odwołujący przesłał zamawiającemu na jego adres poczty elektronicznej wiadomość zawierającą załącznik nazwany *Aneks do gwarancji zapłaty Wadium.pdf*. W dokumentacji zamawiającego znajdował się wydruk wiadomości, zawierający treść „Witam. Pismo w załączniku. Z poważaniem PPH MELIOREX Sp. z o. o ul. Kolejowa 12, 16-420 Raczek WWW.meliorex.com.pl”. Do wydruku wiadomości załączono treść pisma wykonawcy z dnia 19.10.2010 r. skierowanego do zamawiającego, w którym informował o posiadaniu aneksu nr A1 przedłużającego ważność gwarancji zapłaty wadium do 19.11.2010r. W dalszej części pisma wykonawca wyjaśniał, iż nie miał możliwości przesłania pisma i aneksu pod wskazany przez zamawiającego numer faksu z uwagi na brak odpowiedzi urzędnika oraz poinformował o jego wysłaniu w tym samym dniu do zamawiającego. W oparciu o wydruk wiadomości meilowej nie można przyjąć, iż odwołujący przesłał zamawiającemu w dniu 19 października 2010 r. na jego skrzynkę elektroniczną aneks nr A1 do gwarancji wypłaty wadium. Wiadomość ta jedynie pozwala na przyjęcie, iż odwołujący poinformował zamawiającego o fakcie posiadania aneksu przedłużającego ważność wadium na dalszy okres wskazany. Fizycznie zamawiający otrzymał dokument – aneks nr A1, w dniu 22 października 2010 r., a więc po upływie ważności wadium zabezpieczającego ofertę. Odwołujący nie udowodnił, iż urządzenie wskazane przez zamawiającego do kontaktów z wykonawcami było niesprawne w dniu 19 października 2010 r., opierając zarzut na własnym twierdzeniu. Możliwe było przyjęcie, iż wykonawca napotkał trudności w przesłaniu zamawiającemu faksu, co pośrednio zasygnalizował zamawiającemu w wiadomości meilowej, co jednak nie mogło prowadzić do ustalenia, iż wykonawca przedłużył ważność wadium przed upływem okresu obowiązywania gwarancji wadium. Zamawiający dopuścił w swym pisemnym oraz faksowym kontakcie z wykonawcami z zamawiającym (pkt X swz). Pomimo zmiany przepisu art. 24 ustawy, aktualność zachowało dotychczasowe orzecznictwo, w którym podkreślano konieczność przedłużenia ważności wadium przed upływem terminu ważności polisy w celu zabezpieczenia oferty przez cały okres związania ofertą, co nie było kwestionowane przez odwołującego. Bez znaczenia dla oceny prawidłowości działań zamawiającego pozostaje okoliczność, że odwołujący w terminie późniejszym wymagany dokument przedstawił. Decydującym bowiem dla skutecznego przedłużenia ważności wadium było wniesienie wadium do zamawiającego w terminie pozwalającym na zachowanie ciągłości zabezpieczenia oferty, a nie sam fakt

uzyskania przez oferenta aneksu do gwarancji wadialnej (por. wyrok SO w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt V Ca 423/08; SO w Kielcach z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt VII Ga 147/08).

W oparciu o powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis oraz koszty poniesione przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocników oraz dojazdem na posiedzenie. Do kosztów dojazdu Izba zaliczyła koszty przejazdu pociągiem na trasie Poznań – Warszawa –Poznań oraz koszty przejazdu taksówką (w wysokości wynikającej z przedłożonych biletów oraz paragonów fiskalnych).

Przewodniczący:

.....