

Sygn. akt: KIO/2273/10

WYROK

z dnia 3 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 października 2010 roku przez **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD Krzesińscy sp. j., ul. Kozińskiego 40, 96-100 Skierniewice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Gminę Jaktorów, ul. Warszawska 33, 96-313 Jaktorów**

przy udziale wykonawcy **Agnieszki Tyszki** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe "ABC" Agnieszka Tyszka, 07-410 Ostrołęka, ul. Goworowska 77** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD Krzesińscy sp. j., ul. Kozińskiego 40, 96-100 Skierniewice** oraz uzasadnione koszty **Gminy Jaktorów, ul. Warszawska 33, 96-313 Jaktorów** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD Krzesińscy sp. j., ul. Kozińskiego 40, 96-100 Skierniewice**

3. zasądza od **Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego INSBUD Krzesińscy sp. j., ul. Kozińskiego 40, 96-100 Skierniewice** na rzecz **Gminy Jaktorów, ul. Warszawska 33, 96-313 Jaktorów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Poprawa jakości nauczania i wyrównywania szans edukacyjnych dzieci i młodzieży wiejskiej przez budowę przedszkola, organizację klas „0”, biblioteki, hali sportowej wraz z łącznikiem przy Zespole Szkół Publicznych w Międzyborowie*” zostało wszczęte przez Gminę Jaktorów, zwaną dalej Zamawiającym. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych (225531-2010) w dniu 19 sierpnia 2010 r.

W dniu 15 października 2010 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 19 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD Krzesińscy sp. j., zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 25 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez Agnieszkę Tyszkę prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "ABC" Agnieszka Tyszka, zwaną dalej Przystępującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania.

Stanowisko Odwołującego – Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD Krzesińscy sp. j.:

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.),

zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, pomimo, iż wypełnił on wszystkie warunki wymagane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przez Zamawiającego, wykazał się doświadczeniem i wiedzą wymaganą przez Zamawiającego, w szczególności składając wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ (Wykaz robót budowlanych), a także dokonując odpowiednich wyjaśnień na żądanie Zamawiającego oraz przedkładając uzupełniony załącznik nr 4 do SIWZ wraz z dodatkowymi dokumentami,

- naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że powołanie się przez Odwołującego na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca) - podczas gdy ani ustawa, ani SIWZ nie formułowały takiego wymogu, a Zamawiający dokładnie sprecyzował w SIWZ (w załączniku nr 4) jakich oczekuje oświadczeń, czy zobowiązań od podmiotów trzecich, nie określając jednocześnie w treści SIWZ ich roli w realizacji zamówienia w przypadku korzystania przez wykonawców z doświadczenia tych podmiotów.
- naruszenie art. 7 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców poprzez żądanie od Odwołującego wyjaśnień dokumentów złożonych wraz z ofertą pod kątem postanowień niedoprecyzowanych w SIWZ, co skutkowało dowolnością oceny Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności oceny ofert.

Jednocześnie Odwołujący wyjaśniał, iż złożona przez niego oferta była zabezpieczona wadium w okresie od dnia 29 września 2010r. do dnia 4 października 2010 r. przez gwarancję ubezpieczeniową z dnia 1 września 2010 r. załączoną do oferty. Podnosił również, iż złożony przez niego wraz z pismem z 1 października 2010 r. aneks nr 1 do powołanej gwarancji nie powodował zamienienia postanowień odnoszących się do określenia terminu jej ważności, a jedynie przedłużał tę ważność.

Stanowisko Zamawiającego – Gminy Jaktorów:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD Krzesińscy sp. j. na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Podnosił, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Wskazywał, iż aneks do gwarancji mającej stanowić zabezpieczenie wadialne został sporządzony w dniu 29 września 2010 r. Zgodnie z jego treścią pierwotna gwarancja nie została na jego mocy przedłużona, natomiast dokonano w niej zmiany zapisu określającego terminy ważności. Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym nie ma on szans na uzyskanie zamówienia. Dlatego też stwierdzić należy, że nie posiada on interesu w rozstrzygnięciu odwołania na jego korzyść.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu podnosił, iż są one bezzasadne, argumentując, iż wykluczając Odwołującego kierował się opinią prawną przedstawioną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, a także dodatkowo uzyskaną opinią prywatną sporządzoną przez Grzegorza Czabana. W ocenie Zamawiającego, w świetle powołanych opinii oraz przytoczonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, oczywistym jest, że podmiot trzeci, udostępniający wiedzę i doświadczenie, uczestniczyć musi, jako podwykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia. Z uwagi, na fakt, iż zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, iż podmiot trzeci udostępniający mu wiedzę i doświadczenie, bez których w świetle postanowień oferty nie spełniałby on warunków udziału w postępowaniu, będzie uczestniczył, jako podwykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Stanowisko Przystępującego – Agnieszki Tyszki prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe "ABC" Agnieszka Tyszka:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane INSBUD Krzesińscy sp. j. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania i popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też na piśmie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, oświadczenie MIRBUD S.A. z dnia 20 października 2010 r. złożone przez Odwołującego oraz pismo z dnia 2 listopada 2010 r., a także opinię z dnia 28 września 2010r. przedłożone przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołującemu nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Zgodnie bowiem z powołanym art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Konieczne jest zatem, aby Odwołujący wykazał, iż łącznie spełnione zostały dwie przesłanki uznania jego prawa do wnoszenia odwołania – jest on zobowiązany wykazać, iż ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, a jednocześnie, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba stoi na stanowisku, iż wypełnienie obu przesłanek uznania prawa wykonawcy do wniesienia środków ochrony prawnej jest zobowiązana badać z urzędu.

Mając na celu ustalenie, czy Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania, Izba stwierdziła, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ termin składania ofert upłynął w dniu 3 września 2010 r. Termin związania ofertą został określony przez Zamawiającego na okres 30 dni, tym samym upływał on pierwotnie

w dniu 2 października 2010 r.. Odwołujący złożył wraz z ofertą jako wadium gwarancję ubezpieczeniową nr GWo/027/2010-071-38-01-K wystawioną w dniu 1 września 2010 r. Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 1 powołanej gwarancji obowiązywała ona od dnia 3 września 2010 r. do 4 października 2010 r. włącznie i tylko wezwanie do zapłaty, doręczone Gwarantowi do tego dnia spełniające wymogi formalne w tej gwarancji określone powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji.

W dniu 28 września 2010 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem wadium. W dniu 1 października 2010 r. Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Przedłożył jednocześnie aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej złożonej wraz ofertą. Powołany aneks został sporządzony w dniu 29 września 2010 r. Zgodnie z jego treścią z dniem 29 września 2010 r. powołany § 3 ust. 1 gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Odwołującego wraz z ofertą otrzymał brzmienie, zgodnie z którym gwarancja ta obowiązywała od dnia 4 października 2010 r. do 2 listopada 2010 r. włącznie i tylko wezwanie do zapłaty, doręczone Gwarantowi do tego dnia spełniające wymogi formalne, w tej gwarancji określone, powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji.

Izba uznała, iż analiza postanowień powołanej gwarancji, a także złożonego przez Odwołującego Zamawiającemu aneksu nr 1 do niej, uzasadnia tezę, iż Odwołujący nie wypełnił ciężącego na nim obowiązku zabezpieczenia w sposób należyty wadium złożonej przez siebie oferty przez cały okres nią związania. Istotą wadium jest bowiem to, iż powinno ono zabezpieczać interesy Zamawiającego przez pełen okres związania ofertą, w tym również przedłużony w wyniku działań podjętych przez strony postępowania. Postanowienia przedłożonego przez Odwołującego aneksu nie zapewniają ciągłości zabezpieczenia oferty Odwołującego. Zgodnie z zapisami powołanego aneksu pierwotna treść § 3 ust. 1 gwarancji ubezpieczeniowej, stanowiącej dokument wadialny, została zastąpiona w dniu 29 września 2010 r. nową treścią, wskazującą na inny okres ważności tegoż dokumentu. Ramy czasowe określone aneksem nie są w żaden sposób zbieżne z tymi, które zostały określone w postanowieniach gwarancji nowelizowanych aneksem. Ponadto początek nowego okresu ważności dokumentu wadialnego przypada na 6 dni po dniu wejścia w życie znowelizowanej treści gwarancji. Powoduje to, w ocenie Izby, nie postulowane przez Odwołującego przedłużenie pierwotnie określonego terminu ważności dokumentu wadialnego, ale zastąpienie terminu określonego w dokumencie podstawowym, terminem nowym, następującym bezpośrednio po określonym pierwotnie.

W ocenie Izby ocena postanowień dokumentu wadialnego może opierać się na jego literalnym brzemieniu, a nie na wnioskowanych przez Odwołującego wyjaśnieniach

pracowników ubezpieczyciela wystawiającego gwarancję lub aktach przez tego ubezpieczyciela zgromadzonych. To z zapisów powołanych dokumentów (gwarancji i aneksu do niej) przedkładanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającemu wynikać powinien jednoznacznie zamiar przedłużenia ważności gwarancji ubezpieczeniowej złożonej wraz ofertą, w taki sposób, aby Zamawiający dysponując dokumentem gwarancji wadialnej mógł uzyskać finansowe zabezpieczenie oferty w razie ziszczenia się okoliczności, w których przepisy ustawy Pzp dopuszczają możliwość zatrzymania wadium. Tymczasem z zapisów gwarancji oraz aneksu wynika, że nie została zachowana ciągłość zabezpieczenia wadium oferty, bowiem w okresie od dnia 29 września 2010 r. do dnia 4 października 2010 r. oferta Odwołującego nie była w ogóle zabezpieczona wadium.

Stanowi to, w ocenie Izby, realizację przepisu art. 24 ust 2 pkt 2) ustawy Pzp, a tym samym rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Dlatego też wobec powyższego, Izba, dokonując oceny na chwilę wnoszenia odwołania, uznała, iż Odwołujący nie ma ani nie miał interesu w uzyskaniu danego zamówienia. A ponadto z perspektywy tejże chwili, nie poniósł on lub nie mógł ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Izba stoi na stanowisku, powstrzymując się jednocześnie od oceny zasadności podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, iż nawet gdyby przyjąć, iż powołane zarzuty były zasadne, a tym samym uznać, że Zamawiający naruszył swym postępowaniem przepisy ustawy Pzp, to i tak Odwołujący swoim działaniem spowodował, iż takie zachowanie Zamawiającego nie może wyrządzić mu szkody. Poprzez wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą w sposób wadliwy spowodował bowiem, iż po stronie Zamawiającego zrodził się obowiązek wykluczenia go z postępowania. Sam zatem przyczynił się do utraty przez siebie interesu w uzyskaniu danego zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

Izba nie uwzględniła zgłoszonego przez Odwołującego w dniu 3 listopada 2010 r., tj. po zamknięciu rozprawy, wniosku o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy. Odwołujący przedłożył wraz powołanym wnioskiem wystawiony w dniu 28 października 2010 r. aneks nr 2 do gwarancji stanowiącej dokument wadialny. Zawiera on postanowienia nowelizujące z dniem 28 października 2010 r. treść § 3 ust. 1 podstawowego dokumentu gwarancji. Izba uznała, iż przedłożone przez Odwołującego po zamknięciu rozprawy dokumenty nie stanowią nowych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. Postanowienia aneksu nr 2, w ocenie Izby, mogłyby stanowić przedmiot oceny pod kątem

prawidłowego zabezpieczenia wadialnego oferty, jedynie w sytuacji przedłożenia takiego dokumentu wadialnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiającemu w odpowiednim terminie, który zabezpieczałby ciągłość gwarancji wadialnej w całym terminie związania ofertą. Izba uznała, iż przedłożenie Zamawiającemu aneksu nr 2 sporządzonego w dniu 28 października 2010 r. jest działaniem spóźnionym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż Odwołującemu nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

Izba nie zasądziła na rzecz Przystępującego zwrotu uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, ponieważ przepisy ustawy Pzp nie przewidują takiej możliwości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:

.....

Członkowie:

.....

.....