

WYROK
z dnia 1 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Barbara Bettman
Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) oraz EKO SERWS Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Tychy, 43-100 Tychy, Al. Niepodległości 49** protestu z dnia 20 maja 2009 r.

przy udziale **EXELES Sp. z o.o., 41-506 Chorzów, ul. Armii Krajowej 27** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) oraz EKO SERWS Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) oraz EKO SERWS Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Sp. z o.o. (lider Konsorcjum) oraz EKO SERWS Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tychy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie p.n. „Inwestycja w muzykę – przebudowa Zespołu Szkół Muzycznych w Tychach”.

Pismem z dnia 13.05.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz EKO-SERWIS Sp. z o. o. z siedzibą w Bielsku – Białej (dalej: Konsorcjum KOMBUD albo odwołujący się) o wykluczeniu z postępowania oraz o

zatrzymaniu wniesionego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. Z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej: Pzp albo ustawa).

Czynności te stały się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez Konsorcjum KOMBUD. Odwołujący się wniósł o:

1. uchylenie rozstrzygnięcia zamawiającego i zobowiązanie zamawiającego do powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferenta, uwzględniając ofertę

odwołującego się;

2. (w przypadku nie uwzględnienia żądania pkt 1) nakazanie zwrotu zatrzymanego wadium.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał na cel art. 46 ust. 4a Pzp, tj. zapobieganie znikom wykonawców mających na celu podwyższenie cen oferowanych usług, dostaw lub robót budowlanych, co nie zachodzi w odniesieniu do odwołującego się, który złożył ofertę z najniższą ceną. Ponadto wywiódł, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp może mieć miejsce jedynie w sytuacji braku złożenia w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów. Formalne złożenie oświadczeń i dokumentów, mimo że nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyni niemożliwym zatrzymanie wadium przez zamawiającego. Odwołujący się podniósł, że z uwagi na terminy w postępowaniu oraz ustawowe terminy wydania (wymaganej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dalej: siwz) decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi zawierającymi azbest, uzyskanie decyzji Prezydenta Miasta Tychy, nie tylko nie jest możliwe przed datą składania ofert, ale narusza również uczciwą konkurencję. Odwołujący się ocenił, że złożone przez niego decyzje środowiskowe potwierdzają, zgodnie z wymaganiami siwz, że podmiot wchodzący w skład Konsorcjum KOMBUD jest uprawniony do odbierania opadów niebezpiecznych, które powstaną w związku z realizacją prac, a powstały azbest będzie składowany poza właściwością miejscową Prezydenta Miasta Tychy.

Wyłącznie w odwołaniu odwołujący się podniósł, że złożona opinia bankowa potwierdza posiadanie zdolności kredytowej na wymaganym w siwz poziomie 3 mln. zł.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych: protest w dniu 20.05.2009 r. (pismo z dnia 15.05.2009 r.), odwołanie za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 2.06.2009 r., z zachowaniem wynikającego z art. 184 ust. 2 Pzp warunku jednoczesności przekazania zamawiającemu kopii treści odwołania.

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 29.05.2009 r., które tego dnia przekazał odwołującemu się. W uzasadnieniu powołał przepisy ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku o odpadach (Dz. U. Nr 62, poz. 628 ze zm., dalej: ustawa o odpadach) i wywiódł, że w siwz wymagał decyzji, o której mowa w art. 19 ust. 2 i 3 ustawy o odpadach, zaś odwołujący się złożył decyzję wydawaną na podstawie art. 28 ustawy o odpadach, mimo że w odpowiedzi przekazanej w dniu 30.03.2009 r. zamawiający wyraźnie wskazał, jakiej decyzji wymaga. Zamawiający podniósł, że odwołujący się nie kwestionował ani postanowień siwz, ani też udzielonej odpowiedzi, a z faktu, iż wpłynęło 5 ofert wykonawców z różnych miejscowości, wywieść należy, że zasada uczciwej konkurencji nie została naruszona. Wskazał też, że odwołujący się nie zakwestionował wykluczenia go z powodu błędnej opinii bankowej.

Exeles Sp. z o. o. z siedzibą w Chorzowie, zachowując przesłanki ustawowe, przystąpił do postępowania odwoławczego opowiadając się po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu w dniu 9.03.2009 r. pod numerem 54430-09.

Zamawiający w siwz wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu złożyli m.in.:

- decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami – prawomocną i aktualną decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, zawierającymi azbest zgodnie z ustawą o odpadach. Decyzja musi być wystawiona na wykonawcę (pkt 6.1, str 4 siwz);

- informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę 2.000.000 zł, wystawioną nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (pkt 6.2., str. 4 siwz).

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena (pkt 13.1, str. 9 siwz).

W dniu 30.03.2009 r. zamawiający udzielił wyjaśnień treści siwz, w której odpowiedział m. in. na pytanie odwołującego się, iż decyzja zatwierdzająca program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, zgodnie z ustawą o odpadach, dotyczy pozwolenia na wytwarzanie odpadów niebezpiecznych. Decyzja wydawana jest przez właściwy organ, odpowiedni do miejsca wytwarzania odpadów niebezpiecznych, tj. w przypadku przedmiotowej inwestycji przez Prezydenta Miasta Tychy. Gospodarowanie odpadami niebezpiecznymi to zbieranie, transport, odzysk i unieszkodliwienie odpadów. Gospodarowanie w tym zakresie nie obejmuje wytwarzania odpadów, co jest niezbędnym wymaganiem stawianym przez zamawiającego.

Odwołujący się nie wniósł środków ochrony prawnej zarówno wobec treści siwz, jak i udzielonej pismem z dnia 30.03.2009 r. Odpowiedzi, a wraz z ofertą złożył:

- decyzję Prezydenta Miasta Bielska-Białej z dnia 9.06.2009 r. udzielającej „EKO – SERWIS” Sp. z o. o. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów na terenie całej Polski;

- opinię bankową Deutsche Bank Oddział w Katowicach z dnia 30.01.2009 r. potwierdzającą, iż średnie obroty na rachunku KOMBUD Sp. z o. o. wyrażają się kwotą sześciocyfrową.

Klient posiada kredyt w rachunku bieżącym w wysokości 3.000.000 zł. Obsługa kredytu odbywa się prawidłowo, wszystkie należności wobec banku regulowane są prawidłowo.

Zamawiający uznał, że ww. dokumenty nie odpowiadają wymaganiom określonym w siwz i pismem z dnia 29.04.2009r. wezwał odwołującego się na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów decyzji środowiskowej i opinii bankowej (wskazanych wyżej w pkt 6.1. i 6.2. siwz) informując o wynikającej z art. 46 ust. 4a Pzp konieczności zatrzymania wadium.

Odwołujący się nie wniósł protestu na czynność wezwania go do uzupełnienia dokumentów, a w wyznaczonym terminie (pismo z dnia 29.04.2009 r., *presentata* zamawiającego z dnia 4.05.2009 r.) wyjaśnił, że złożona wraz z ofertą decyzja spełnia wymagania siwz oraz załączył:

- opinię bankową Deutsche Bank Oddział w Katowicach z dnia 29.04.2009 r.

potwierdzającą, posiadanie zdolności kredytowej do kwoty 3.000.000 zł;

- decyzję wojewody śląskiego z dnia 30.08.2007 r. zmieniającą decyzję z dnia 14.07.2006 r. wydaną dla „Komart” Sp. z o.o.

Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: CZAK Wielobranżowy Zakład Usługowy z siedzibą w Tychach i INSTALMEDIA Sp. z o. o. z siedzibą w Tychach oferujących niższą, niż odwołujący się cenę za wykonanie zamówienia. Pozostali wykonawcy złożyli oferty z cenami wyższymi niż odwołujący się.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności:

protokołu ZP-2, siwz, oferty odwołującego się, wyjaśnień treści siwz z dnia 30.03.2009 r., wezwania zamawiającego dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz pisma odwołującego się z dnia 29.04.2009 r. i dokumentów złożonych wraz z nim w uzupełnieniu. Izba rozważyła również stanowiska pełnomocników stron i przystępującego wyrażone na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów dotyczących czynności wykluczenia z postępowania, dałoby odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się nie złożył wraz z ofertą decyzji wymaganej na podstawie art. 19 ust. 2 i 3 ustawy o odpadach, precyzyjnie wskazanej w wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 30.03.2009 r.

Podnoszenie obecnie w treści środków ochrony prawnej, że uzyskanie wymaganej w siwz decyzji do upływu terminu składania ofert nie jest możliwe, z uwagi na ustawowe terminy jej

wydawania, jest spóźnione. Odwołujący się wiedzę o powyższych okolicznościach posiadał,

co najmniej w dniu otrzymania wyjaśnień zamawiającego, zatem chcąc doprowadzić do sytuacji, w której uzyskanie wymaganej decyzji byłoby możliwe, winien wnieść protest wobec treści otrzymanych wyjaśnień lub wcześniej treści siwz.

Sektor zamówień publicznych stanowi część profesjonalnego obrotu gospodarczego. Udział w nim wymaga dokładania należytej staranności na każdym etapie postępowania. Jeśli odwołujący się uznaje, że postanowienia siwz uniemożliwiają mu złożenie oferty, to w celu zabezpieczenia swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, winien wnieść protest do zamawiającego. Skoro odwołujący się nie wniósł środków ochrony prawnej, to przyjąć należy, że zaakceptował postanowienia siwz.

Wyrażone w siwz wymagania zamawiającego odnośnie decyzji środowiskowej stały się wiążące dla uczestników postępowania. W razie stwierdzenia braku wymaganej decyzji zamawiający zobligowany był do wykluczenia wykonawcy z postępowania, po zastosowaniu trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Złożona przez odwołującego się w uzupełnieniu decyzja nie może stanowić potwierdzenia spełnienia wymagania zamawiającego, choćby z tego względu, że nie dotyczy wykonawcy – podmiotu wchodzącego w skład Konsorcjum KOMBUD, a uprawnienia niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia musi posiadać wykonawca, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Dokonane stosownie do przywołanego przepisu wezwanie z dnia 29.04.2009 r., jak i czynność wykluczenia dokonana w jego wyniku, z powodu braku złożenia wymaganej decyzji, należy uznać za prawidłowe.

Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożoną wraz z ofertą opinię bankową. Izba stwierdza, że posiadanie kredytu w rachunku bieżącym w wysokości 3.000.000 zł potwierdza posiadanie wymaganej zdolności kredytowej do kwoty 2.000.000 zł. W ocenie Izby ze sformułowania „iż wszystkie należności wobec banku regulowane są terminowo” nie należy wywodzić braku posiadania zdolności kredytowej w wymaganej wysokości. Ewentualne wątpliwości winien zamawiający wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Zamawiający kwestionując dokumenty złożone wraz z ofertą, co prowadzi do konieczności wykluczenia wykonawcy, winien mieć pewność, iż dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przeciwnie działanie zamawiającego prowadzi do arbitralności w ocenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji do złamania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Izba stwierdza, że w odniesieniu do potwierdzenia zdolności kredytowej w wymaganej w siwz kwocie, wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było wadliwe.

Wskazać jednak należy, że wobec braku podniesienia tej okoliczności w proteście oraz potwierdzenia prawidłowości działania zamawiającego w odniesieniu do decyzji

środowiskowej, powyższe ustalenie nie wpływa na ocenę czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert.

Odnosząc się do alternatywnego żądania zwrotu zatrzymanego wadium, Izba stwierdza, iż zarzut ten nie podlega rozpatrzeniu.

Art. 180 ust. 1 Pzp stanowi, że protest przysługuje m. in. wobec czynności zamawiającego lub zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Należy zatem ustalić, czy zatrzymanie wadium stanowi czynność w postępowaniu, od której przysługuje protest, gdyż zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

W myśli art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Stwierdzić należy, że wykonawca podnoszący zarzut bezprawnego zatrzymania wadium nie posiada interesu prawnego zarówno w jego klasycznym rozumieniu (*sensu stricto*), czyli wnoszenia środków ochrony prawnej w celu stworzenia podnoszącemu zarzuty wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia publicznego w konkretnym postępowaniu, jak i w znaczeniu szerokim, (*sensu largo*) – wnoszeniu środków ochrony prawnej celem

zapewnienia prawidłowości, zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych przebiegu procedury udzielania zamówienia, czego rezultatem ma być zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bezprawne zatrzymanie wadium nie ma żadnego skutku dla mającej zostać zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.04.2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 424/09, sygn. akt KIO/UZP 425/09, sygn. akt KIO/UZP 426/09).

Zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 1a Pzp Izba uwzględniła odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Brak jest jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania – wyborem oferty najkorzystniejszej a czynnością zatrzymania wadium.

Powyższe prowadzi do wniosku, że zatrzymanie wadium nie może być przedmiotem zarzutów protestu, a w konsekwencji jako zarzut odwołania podlegać rozpatrywaniu przez Izbę. Przedmiotem orzeczenia Izby mogą być wyłącznie działania stanowiące samoistne czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż tylko takie działania lub zaniechania związane są z uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy i mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Zatrzymanie wadium nie ma charakteru samoistnego, lecz stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodów ściśle określonych, ma zatem charakter

akcesoryjny, nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz stanowi jej skutek – czynność związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Środki ochrony prawnej stosownie do przywołanego wcześniej art. 180 ust. 1 Pzp przysługują od czynności zamawiającego lub zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, nie zaś wobec konsekwencji czynności lub zaniechania zamawiającego, w okolicznościach sprawy działań podjętych na skutek wykonania czynności wykluczenia.

Podnieść też należy, że skutek w postaci zatrzymania wadium nie następuje automatycznie, gdyż art. 46 ust. 4 a Pzp wymaga, aby nie złożenie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw nastąpiło z przyczyn zawinionych przez wykonawcę (arg. *a contrario* z art. 46 ust. 4 a *in fine* Pzp). Wina, o której mówi przywołany przepis, jest pojęciem prawa cywilnego z mocy art. 14 Pzp (vide: art. 415 k.c.).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi część obrotu gospodarczego, który w swojej istocie ma charakter cywilnoprawny. Charakter cywilnoprawny mają również leżące u podstaw udzielenia gwarancji bankowej, w jakiej odwołujący się wniósł wadium, stosunki prawne łączące gwaranta z odwołującym się - zleceniodawcą gwarancji (stosunek pokrycia) i zleceniodawcy z beneficjentem (stosunek waluty). Powyższe prowadzi do przyjęcia, że organem właściwym do rozstrzygnięcia kwestii zatrzymanego wadium jest właściwy sąd powszechny.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 Pzp oraz art. 191 ust. 1a Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Izba orzekając o kosztach nie uwzględniła wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, z powodu braku przedłożenia do akt sprawy rachunku, potwierdzającego poniesienie kosztów przez zamawiającego, wymaganego przez przepis § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*