Sygn. akt KIO 1145/11

POSTANOWIENIE
z dnia 7 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2011r. przez wykonawcę Trasko – Inwest spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrzeszowie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: „wyłonienie *Wykonawcy robót budowlanych (w systemie zaprojektuj i wybuduj) dla przedsięwzięcia inwestycyjnego pn.: „Budowa hali magazynowej – produkcyjnej oraz infrastruktury technicznej na nowych terenach inwestycyjnych o znaczeniu regionalnym w ramach Parku Przemysłowego w Wałbrzychu",* prowadzonym przez Zamawiającego Park Przemysłowy w Wałbrzychu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wałbrzychu

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Trasko – Inwest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrzeszowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Trasko – Inwest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrzeszowie tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Park Przemysłowy w Wałbrzychu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wałbrzychu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „wyłonienie *Wykonawcy robót budowlanych (w systemie zaprojektuj i wybuduj) dla przedsięwzięcia inwestycyjnego pn.: „Budowa hali magazynowej – produkcyjnej oraz infrastruktury technicznej na nowych terenach inwestycyjnych o znaczeniu regionalnym w ramach Parku Przemysłowego w Wałbrzychu".* Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.].

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 15 marca 2011 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 13 maja 2011r. Zamawiający zawiadomił faksem Odwołującego o wystąpieniu do wystawcy gwarancji ubezpieczeniowej z żądaniem wypłaty kwoty 500.000 zł z tytułu wadium (okoliczność wynikająca z akt postępowania; przyznana zarazem w odwołaniu).

W dniu 1 czerwca 2011 r. (data uwidoczniona na prezentacie Krajowej Izby Odwoławczej na piśmie) Trasko – Inwest spółka z ograniczoną wykonawca odpowiedzialnością w Ostrzeszowie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia o numerze ZP/PPW/1/2011, „polegającej *na zawiadomieniu Trasko-Inwest Sp. z o.o. pismem z dnia 13 maja 2011 r. o zatrzymaniu wadium w kwocie 500.000,- zł i na zatrzymaniu tego wadium".* Odwołujący podał,

iż zaskarżając powyższą czynność wnosi o niezwłoczny zwrot na rzecz Trasko-Inwest sp. z o.o. w/w wadium w kwocie 500.000,- zł.

Odwołanie nadano przesyłką poleconą w dniu 28 maja 2011 r.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż 13 maja 2011 roku Zamawiający powiadomił Trasko-Inwest Sp. z o.o. o zatrzymaniu wadium powołując się na art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych. W powyższym piśmie nie zawarto żadnej informacji o środkach odwoławczych i terminie odwołania. W rozmowie telefonicznej Zamawiający poinformował, że w sprawie zwrotu wadium Trasko-Inwest Sp. z o.o. powinna zwrócić się do Parku Przemysłowego w Wałbrzychu sp. z o.o. z prośbą o zmianę decyzji. 17 maja 2011 r. Trasko-Inwest Sp. z o.o. skierowała do Zamawiającego pismo wzywające do zwrotu wadium, na co Zamawiający odpowiedział pismem z 20 maja 2011 r., podtrzymując wcześniejszą

decyzję i odmawiając zwrotu wadium. W piśmie z 20 maja 2011 r. również nie wspomniano o środkach odwoławczych i terminie odwołania. W powyższej sytuacji Trasko-Inwest Sp. z o.o. podjęła czynności w celu ustalenia trybu dalszego postępowania zmierzającego do odzyskania wadium. 26 maja 2011 wykonawca ustalił, że właściwym organem jest Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, stąd niniejsze odwołanie. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o przywrócenie terminu na wniesienie odwołania ze względu na brak pouczenia w tej sprawie ze strony Zamawiającego, wskazując, iż *zgodnie z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych, w kwestiach ustawą nieuregulowanych do odwołań stosuje się przepisy kpc, a z nich wynika, że podmiot podejmujący czynność, która podlega zaskarżeniu powinien pouczyć zainteresowanego o terminie i sposobie wniesienia odwołania, czego zamawiający nie uczynił, a co więcej, telefonicznie udzielił błędnej informacji w tej materii.*

Zdaniem Odwołującego, stanowisko Parku Przemysłowego w Wałbrzychu sp. z o.o. w sprawie zatrzymania wadium nie jest uzasadnione. Z ustawy - Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający winien zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, które w terminie składania wniosków albo ofert nie zostały złożone względnie zostały złożone z błędami lub wadliwie, nie uzupełni ich w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Wskazany wyżej obowiązek zamawiającego, dotyczący zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych dokumentów było wynikiem okoliczności, na które, obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Podstawa do zatrzymania zachodzi zatem wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Trasko-Inwest Sp. z o.o. pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. wniosła o przesunięcie terminu do złożenia wyjaśnień i uzupełnień do dnia 6 maja 2011 r., a faxem z dnia 27 kwietnia 2011 r. Zamawiający nie wyraził zgody na wnioskowane przesunięcie terminu. Pismem z dnia 27 kwietnia 2011 r. Trasko-Inwest Sp. z o.o. w odpowiedzi na w/w fax wyjaśniła, że nie była w stanie fizycznie przesłać uzupełnień. Powyższe jest wyrazem tego, że Odwołujący się nie miał tu wystarczającej ilości czasu, by zdobyć wymagane dokumenty, w konsekwencji czego nie przedłożył ich bez swojej winy, co zatrzymanie wadium przez Zamawiającego czyni nieuzasadnionym, a odmienne stanowisko Zamawiającego narusza art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podał, że ponieważ Trasko-Inwest Sp. z o.o. wezwana została do udokumentowania, że wykonała prace projektowe w zakresie budowy hali magazynowo-produkcyjnej, infrastruktury technicznej, zagospodarowania terenu z drogami i placami, zwrócono się do kontrahentów, dla których tego typu prace wykonano, o wystawienie dokumentów te fakty potwierdzających. Pomimo starań, żądanych dokumentów nie

otrzymano, a ponieważ 10 maja 2011 r. ogłoszono wynik przetargu, z istoty rzeczy z dalszych starań w tej materii zrezygnowano, przesyłając Zamawiającemu w/w informację, że przesłanie żądanych dokumentów było fizycznie niemożliwe.

Odwołujący argumentuje, iż - niezależnie od wskazanej wyżej argumentacji, w dotychczasowej korespondencji wykonawcy z Zamawiającym - nie było obiektywnie uzasadnionej możliwości przedłożenia wszystkich żądanych dokumentów, gdyż faktycznie

wykonawca nie spełniał kryteriów i wymogów, których potwierdzenia miały dotyczyć żądane dokumenty. Idzie tu w szczególności o realizację dzieła polegającego na projektowaniu w zakresie infrastruktury technicznej, która obejmowała sieci wodociągowe, sieci kanalizacji sanitarnej, sieci gazowe oraz sieci energetyczne o wartości robót min. 2.000.000,- zł, na którą okoliczność Odwołujący składa wniosek o przesłuchanie świadka i przesłuchanie Odwołującego w charakterze strony.

Powyższe także uzasadnia wniosek, że żądanych dokumentów wykonawca nie był w stanie przedłożyć z przyczyn od siebie obiektywnie niezależnych, co jest kolejnym argumentem zwalczającym stanowisko Zamawiającego w przedmiocie dotyczącym zatrzymania wadium.

Końcowo Odwołujący zwrócił uwagę, że żaden z uczestników przetargu nie spełnił jednego z warunków, tzn. żaden uczestnik przetargu nie posiada ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków - takie ubezpieczenie mogą posiadać tylko osoby fizyczne. 14 kwietnia 2011 r. wysłano do Zamawiającego e-mail zwracający uwagę na ten aspekt. W rozmowie telefonicznej z osobą wskazaną w SIWZ do kontaktów z oferentami zwrócono uwagę, że zapis o ubezpieczeniu NNW wprowadza w błąd, jednak Zamawiający zmienił jedynie wymaganą kwotę ubezpieczenia NNW z 1 min na 10 tys., na cztery dni przed terminem składania ofert, nie rezygnując z warunku. Jest bardzo prawdopodobne, że powyższa okoliczność znacząco wpłynęła na przebieg przetargu -zapewne wielu oferentów zrezygnowało ze złożenia oferty, nie spełniając warunku o ubezpieczeniu NNW; złożono tylko 4 oferty i żadna nie była od wykonawcy z okolic Wałbrzycha. Warto zwrócić uwagę, że brak oferty od wykonawców miejscowych istotnie wpływa na cenę wyłonioną w przetargu - tacy wykonawcy mają istotną przewagę konkurencyjną nad innymi oferentami, ze względu na mniejsze koszty transportu, dowozu i zakwaterowania pracowników, przewozu sprzętu, kosztów magazynowania i zaplecza budowy itp. Trasko-Inwest Sp. z o.o. złożyła ofertę, gdyż z rozmowy telefonicznej i dalszego postępowania zamawiającego wywnioskowano, iż warunek o ubezpieczeniu NNW nie będzie brany pod uwagę, co okazało się trafne; nie sposób rozstrzygnąć, czy pozostali oferenci myśleli tak samo jak Trasko-Inwest, czy któryś z nich był o tym poinformowany. Zdaniem Odwołującego, zapewne istnieją podstawy do unieważnienia całego postępowania przetargowego, co nie jest jednak przedmiotem niniejszego odwołania.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu podlega odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W myśl art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób zgodny z wybranym przez zamawiającego sposobem komunikacji (art. 27 ust. 2 ustawy), albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; albo w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób zgodny z wybranym przez zamawiającego sposobem komunikacji (art. 27 ust. 2 ustawy), albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Odwołanie wykonawcy Trasko – Inwest spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrzeszowie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2011 r.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z nadaniem odwołania w placówce operatora publicznego. Po rzeczonej nowelizacji, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest

równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Prawa zamówień publicznych w poprzednim brzmieniu (sprzed nowelizacji) wyraźnie stanowiły iż ,,złożenie *odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu"* (art. 184 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie ,,wniesienia odwołania" z jego doręczeniem. Potwierdzeniem słuszności powyżej zaprezentowanej interpretacji jest odmienne od regulacji dotyczącej terminu na wniesienie odwołania, uregulowanie tego terminu na wniesienie skargi do sądu, gdzie kwestia dotrzymania terminu do wniesienia skargi na orzeczenie Izby związana jest z jej złożeniem w placówce pocztowej operatora publicznego, co zostało wyraźnie w ustawie

zaakcentowane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych po nowelizacji). Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia odwołania zastrzegł wyraźnie doręczenie odwołania w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W analizowanej sprawie, Odwołujący w ramach przysługującego mu uprawnienia określił czynność kwestionowaną w odwołaniu, zakreślając tym samym granice rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (art. 192 ust. 7 ustawy - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Kwestionowaną w odwołaniu czynnością jest zatrzymanie przez Zamawiającego wadium, które miało miejsce – jak podkreśla Odwołujący - w dniu 13 maja 2011 r. W tym kontekście, odwołanie złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2011r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) należało uznać za spóźnione, bowiem dziesięciodniowy termin do wniesienia środka ochrony prawnej upłynął 23 maja 2011 r. Nadto, gdyby nawet przyjąć, kierując się w pierwszym rzędzie intencją wyrażoną w odwołaniu a nie dosłownym określeniem kwestionowanej czynności oraz umiejscowieniem jej przez Odwołującego w czasie (wskazaniem daty 13 maja 2010 r. jako daty kwestionowanej czynności), że odwołanie dotyczy ostatniej z czynności Zamawiającego, jaka wiąże się z zatrzymaniem wadium, to jest odmowy zwrotu wadium dokonanej w dniu 20 maja 2011 r., termin na wniesienie odwołania także nie został dochowany (upłynął w dniu 30 maja 2011 r.).

Nie mógł być także uwzględniony wniosek zawarty w odwołaniu o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania – ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. Brak jest też podstaw do zastosowania posiłkowo przepisów kpc. W myśl bowiem art. 185 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Ustawodawca ograniczył zatem zastosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego do części o sądzie polubownym (art. 1154 – 1217 kpc), wśród których nie mieszczą się ogólne instytucje regulowane tą ustawą, w tym przywrócenie terminu do dokonania czynności procesowej (art. 168 kpc).

Powyższe okoliczności determinowały uznanie, że odwołanie złożono po upływie terminu określonego w ustawie, i z tego powodu musiało zostać odrzucone.

W tych okolicznościach, kwestia zatrzymania przez Zamawiającego wadium, w tym podnoszone w odwołaniu argumenty mające służyć wykazaniu, że niezłożenie dokumentu przy dochowaniu należytej staranności, jest wynikiem przyczyn na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu, może stanowić materię sporu cywilnoprawnego ze stosunku

przetargowego, przed sądem powszechnym (właściwym sądem cywilnym – sądem gospodarczym).

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Przewodniczący: