

Sygn. akt: KIO 2190/10

WYROK
z dnia 20 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, 40-005 Katowice, Aleja Korfantego 35**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 820 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlane KOMBUD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25** na rzecz **Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji, 40-005 Katowice, ul. Porcelanowa 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu przejazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, 40-005 Katowice, Aleja Korfantego 35 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację obiektu Spodek w Katowicach w zakresie wymiany elewacji wraz z pracami dodatkowymi.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 8 października 2010 roku wykonawca Kombud Sp. z o.o. 40-241 Katowice, ul. Porcelanowa 25 wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i wniósł o unieważnienie tej czynności zamawiającego oraz nakazanie zamawiającemu cofnięcie żądania wypłaty wadium z gwarancji ubezpieczeniowej, ewentualnie nakazania zamawiającemu zwrotu wadium wraz z należnymi odsetkami od dnia zatrzymania wadium do dnia zwrotu kwoty wadium.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo Zamówień Publicznych w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 22 ust. 1 ustawy poprzez przyjęcie, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 daje podstawę do zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w sytuacji, gdy z przedłożonych przez odwołującego się dokumentów wynika w sposób jednoznaczny i niemożliwy do zmiany w następstwie uzupełnienia w trybie art. 26 ust. ustawy p.z.p., że wykonawca nie spełnia wymaganych warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy;
2. naruszenie art. 46 ust 1 ustawy Pzp poprzez brak niezwłocznego zwrotu wadium przy braku podjęcia czynności zatrzymania wadium w chwili podejmowania decyzji o wykluczeniu odwołującego się z postępowania, co w ocenie odwołującego się pozbawiło zamawiającego możliwości zatrzymania wadium;
3. naruszenie art. 8 i art. 9 ustawy Pzp poprzez brak poinformowania odwołującego się o podjętej decyzji zatrzymania wadium - czynności związanej, w taki sposób aby móc podjąć w tym zakresie środki ochrony prawnej przed takimi czynnościami zamawiającego.

Odwołujący się podniósł, że w dniu 28.09.2010 r. uzyskał telefoniczną informację od Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych i Reasekuracji Allianz Polska S.A. w Warszawie, że zamawiający zwrócił się do Allianz o wypłatę kwoty 1.000.000,00 zł z tytułu gwarancji

ubezpieczeniowej wadialnej wystawionej w związku z postępowaniem w sprawie zamówienia publicznego na modernizację obiektu SPODEK w Katowicach w zakresie wymiany elewacji wraz z pracami dodatkowymi. Informacja ta została przekazana do ubezpieczyciela w dniu 28.09.2010 r.

W ocenie odwołującego się zamawiający w przedmiotowej sprawie nie dysponuje prawem zatrzymania wadium.

W toku postępowania odwołujący się złożył do postępowania wymagane dokumenty, w tym dokumenty polisy ubezpieczeniowej na kwotę 3.000.000,00 zł potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia przez odwołującego się oraz polisę ubezpieczeniową podwykonawcy, z którym wspólnie miał wykonywać przedmiot zamówienia w sytuacji, gdyby oferta ta została wybrana a umowa na wykonanie przedmiotu zamówienia zawarta. Polisa podwykonawcy opiewała na kwotę 20.000.000,00 zł. Łącznie zatem suma polis zgodnie z ówczesną oceną odwołującego się spełniała warunki pozwalające na to, aby potwierdzić dobrą sytuację finansową i ekonomiczną odwołującego się oraz pozwalała ubiegać się o zamówienie wspólnie z podwykonawcą. Wraz z dokumentacją zostało złożone oświadczenie podwykonawcy w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp. Zamawiający wezwał odwołującego się do przedłożenia polisy ubezpieczeniowej na kwotę określoną w SIWZ potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia na wymaganą kwotę wyłącznie przez odwołującego się. Wobec braku posiadania tak wysokiej polisy ubezpieczeniowej, a co z tego wynika - braku możliwości uzupełnienia przez odwołującego się dokumentu polisy (z uwagi na to, że odwołujący się był ubezpieczony jedynie na kwotę 3 mln zł) odwołujący się wyjaśnił zamawiającemu, że przedłożył dokumentację, która w jego ocenie spełnia warunki przetargowe.

W rozstrzygnięciu postępowania zamawiający wykluczył odwołującego się z postępowania i odrzucił ofertę w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4. Uzasadnienie wykluczenia uczestnika z postępowania i odrzucenia oferty wraz z powołaniem się na stosowny wyrok KIO przekonało odwołującego się, że od początku nie spełniał wymogów w zakresie kondycji ekonomicznej i finansowej, a jego wcześniejszy pogląd na kwestię spełniania tych warunków wynikał z odmiennej interpretacji przesłanki zdolności ekonomicznych i finansowych oraz przyjęcia, że polisę OC należy rozumieć jako szeroko pojętą zdolność ekonomiczno-finansową. Przyjęcie interpretacji, że polisa OC dotyczy spełnienia warunków ekonomiczno-finansowych wykonawcy, przy jednoczesnym przyjęciu, że z kolei możliwość skorzystania z dokumentów innych podmiotów dotyczy jedynie potwierdzenia zdolności finansowej, w konsekwencji prowadziła do wniosku, że oferent od początku nie posiadał zdolności ekonomiczno-finansowych, przez co wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 należało

uznać za uzasadnione. W takiej sytuacji, wobec takiego uzasadnienia wykluczenia uczestnika oraz w związku z brakiem przesłanek do zatrzymania wadium, odwołujący się nie widział podstaw do wnoszenia odwołania od decyzji zamawiającego dotyczącej rozstrzygnięcia przetargu. Przedmiotem wezwania do uzupełnienia dokumentacji było przedstawienie polisy ubezpieczeniowej na kwotę 20 mln zł wystawionej na odwołującego się. Tymczasem dokumentem takim odwołujący się w ogóle nie dysponował, bowiem nie posiadał ubezpieczenia OC na taką kwotę. Dlatego też nie mógł dołączyć żądanego przez zamawiającego dokumentu polisy. Wykonawca posiadał polisę ubezpieczeniową, którą załączył do oferty przetargowej na kwotę 3.000.000,00 zł. Do oferty dołączył również oświadczenie podwykonawcy, że ten udostępni mu swój potencjał i zdolności finansowe, w tym również polisę ubezpieczeniową, aby wykazać możliwości uczestniczenia w przetargu na kwotę 23.000.000,00 zł. Gdyby odwołujący się posiadał swoje ubezpieczenie OC na kwotę 23.000.000,00 zł to oczywistym jest, że przedłożyłby polisę potwierdzającą ten fakt w terminie złożenia oferty. Wobec powyższego żądaniu zamawiającemu odwołujący się nie mógł zadośćuczynić, ponieważ nie dysponował wymaganym ubezpieczeniem. Skoro zatem P.B. KOMBUD Sp. z o.o. nie posiadał ubezpieczenia w wymaganej wysokości, to nie mógł zostać uznany za podmiot spełniający warunki do uczestniczenia w postępowaniu przetargowym. Z tego powodu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy p.z.p. w związku z art. 22 ust 1 ustawy p.z.p. został wykluczony a jego oferta odrzucona. W takiej sytuacji nie istnieją jakiegokolwiek podstawy do tego aby zamawiający zatrzymał kwotę 1.000.000,00 zł z gwarancji wadialnej.

W ocenie odwołującego się kardynalne znaczenie dla skuteczności czynności zamawiającego ma fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zatrzymał on wadium niezwłocznie. O ile informacja, o której mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp o wyborze oferty najkorzystniejszej została składającemu odwołanie przekazana 3 września 2010 roku, to wniosek o zatrzymanie wadium Gwarant otrzymał dopiero 28 września 2010 roku, czyli po 25 dniach i dopiero po tym fakcie informacja o wezwaniu do zatrzymania wadium dotarła do odwołującego. W żaden sposób nie można uznać, aby czynność zamawiającego miała charakter bezzwłoczny. W ustawie „niezwłoczność” przywołana została jako realizacja zasady pewności obrotu przede wszystkim dlatego, aby nie pozostawiać wykonawcy w stanie niepewności co do losów złożonego do przetargu wadium. W ślad za tym jeśli niezwłocznie po otrzymaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie dotrze do wykonawcy - w dowolnej formie - informacja o zatrzymaniu wadium, może on słusznie przyjąć, iż wadium takie nie zostało zatrzymane. Mając powyższe na uwadze, wykonawca mógł w uzasadniony sposób sądzić, iż jego sytuacja ekonomiczna nie zmieniła się, co skutkuje możliwością powoływania się na nią w kolejnych postępowaniach o udzielenie

zamówienia publicznego. Z pewnością zaś fakt, iż wykonawca dowiedział się o zatrzymaniu wadium w terminie niezgodnym z opisanym w ustawie, nie może działać na jego niekorzyść jeśli chodzi o możliwość skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej w tym zakresie.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone podczas rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na fakt, iż naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się miał interes w uzyskaniu zamówienia, co uprawnia go do wnoszenia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający bezpodstawnie zatrzymał mu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Odwołujący się wraz z ofertą przedłożył polisę potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej podmiotu trzeciego, na którego zdolności ekonomicznej zamierzał polegać. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego się do przedłożenia własnej polisy opiewającej na wymaganą kwotę 20.000.000,00 zł. W odpowiedzi udzielonej w piśmie z dnia 30 sierpnia 2010 roku odwołujący się wyjaśnił, że załączył do ofert polisę ubezpieczeniową nr 908200030158 wystawioną na Przedsiębiorstwo Budowlane Kombud Sp. z o.o. oraz polisę nr 901004633613 wystawioną na Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. Do oferty załączono również zobowiązanie GPBP dotyczące udostępnienia na potrzeby oferty wymienionych w nim zasobów, m.in. polisy OC na sumę 20.000.000,00 zł (strona 21 oferty). Łączna wartość polis ubezpieczeniowych wynosi 23.000.000,00 zł, a więc spełnia wymogi zawarte w pkt 17.2 ppkt 4 SIWZ. Podstawą zobowiązania GPBP warunkującego korzystanie z jej zasobów jest umowa o wzajemnej współpracy pomiędzy P.B. Kombud a GPBP. W ramach złożonej oferty zadanie ma być wykonywane wspólnie przez ww. podmioty.

Zgodnie ze wskazanym przepisem zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp chodzi o brak "fizyczny" dokumentu lub oświadczenia, a zatem znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy wezwany do uzupełnienia dokumentu wykonawca w ogóle nie przedłożył go zamawiającemu. Dyspozycja tego przepisu nie zostaje zaś wypełniona w przypadku, gdy w wyniku wezwania zostanie złożony dokument, który jednak nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący się na wezwanie zamawiającego przedłożył pismo z dnia 30 sierpnia 2010 roku, w którym wyjaśnił, iż złożył polisę i uzasadnił, dlaczego uważa, iż spełnia wymogi zawarte w ppkt 4 SIWZ. W ocenie Izby nie zaszły zatem przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający zatrzymując wadium odwołującego się naruszył przepis art. 46 ust. 4a ustawy.

Izba nie uwzględniła odwołania, pomimo stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego ustawy Pzp, a to z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie jedynie wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ponieważ w niniejszej sprawie bezpodstawne zatrzymanie wadium odwołującego się nie wpłynęło na wynik postępowania, Izba odwołanie oddaliła.

Niniejsze rozstrzygnięcie nie uniemożliwia jednak dochodzenia przez odwołującego się zwrotu wadium w postępowaniu przed sądem powszechnym.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....