

Sygn. akt: KIO/UZP 238/10

WYROK
z dnia 25 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Zakład Instalacyjno-Budowlany ELTOR, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KJK mgr inż. Władysław Żyndul, 59-800 Lubań, ul. Torowa 19** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Bolesławiec, 59-700 Bolesławiec, ul. Rynek 41** protestu z dnia 22 stycznia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **COLAS Polska Sp. z o.o., 62-070 Pałędzie, ul. Nowa 49** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gmina Miejska Bolesławiec, 59-700 Bolesławiec, ul. Rynek 41**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Zakład Instalacyjno-Budowlany ELTOR, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KJK mgr inż. Władysław Żyndul, 59-800 Lubań, ul. Torowa 19,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gmina Miejska Bolesławiec, 59-700 Bolesławiec, ul. Rynek 41** na rzecz **Konsorcjum: Zakład Instalacyjno-Budowlany ELTOR, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KJK mgr inż. Władysław Żyndul, 59-800 Lubań, ul. Torowa 19** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 556 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Zakład Instalacyjno-Budowlany ELTOR, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KJK mgr inż. Władysław Żyndul, 59-800 Lubań, ul. Torowa 19.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Miejska Bolesławiec prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa ul. Zabobrze w Bolesławcu jako drogi alternatywnej w ciągu drogi krajowej nr 4. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27.10.2009 roku pod nr 188341 - 2009.

Odwołujący - konsorcjum: Zakład Instalacyjno – Budowlany ELTOR oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KJK, mgr inż. Władysław Żyndul (dalej ELTOR) wniósł protest w dniu 22 stycznia 2010 roku na czynność zamawiającego z dnia 18 stycznia 2010 roku, polegającą na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, z uwagi na brak zabezpieczenia oferty wadium na cały okres związania ofertą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec braku poinformowania przez zamawiającego o rozstrzygnięciu protestu odwołujący w dniu 9 lutego 2010 roku wniósł odwołanie, którego kopię przekazał zamawiającemu w terminie ustawowym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie unieważnienia wykluczenia odwołującego i unieważnienia dokonanego wyboru wykonawcy, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie, oraz po wysłuchaniu wyjaśnień pełnomocników stron i uczestnika postępowania złożonych na posiedzeniu ustaliła, co następuje:

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 27 listopada 2010 roku, zamawiający przewidział w siwz, że wykonawcy pozostają związani ofertą przez okres 30 dni.

Odwołujący załączył do oferty: ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GJ07/09/00001 z dnia 20.11.2009 roku Towarzystwa Ubezpieczeń InterRisk S.A. Vienna Insurance Group, gdzie podano „okres ważności gwarancji” - 24.11.2009 do 24.12.2009 roku. Jednocześnie do oferty załączono aneks nr 1 z dnia 24.11.2009 roku do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GJ07/09/00001, w którym ubezpieczyciel - Towarzystwo Ubezpieczeń InterRisk S.A. Vienna Insurance Group zmienił okres obowiązywania gwarancji, wskazując datę od 27.11.2009 do 27.12.2009 roku.

Izba ustaliła również, iż w wyniku wezwania zamawiającego z dnia 17.12.2009 roku, odwołujący w dniu 23.12.2009 roku złożył zamawiającemu aneks nr 2 z dnia 21.12.2009 roku do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, gdzie przedłużono okres obowiązywania gwarancji od 27.11. 2009 roku do 25.02.2010.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołujący jako podmiot, który kwestionuje zasadność swojego wykluczenia z udziału w postępowaniu, posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła zgłoszony przez przystępującego – COLAS Polska Sp. z o.o. wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby pełnomocnik konsorcjum został ustanowiony w trybie art. 23 ustawy Pzp a w umowie konsorcjum otrzymał umocowanie do „reprezentowania interesów partnerów” zarówno wobec zamawiającego jak i osób trzecich, a tym samym do wnoszenia środków ochrony prawnej, które mają na celu ochronę interesu prawnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby, załączona do oferty gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium wraz z jej aneksem nr 1 potwierdza, że wadium zostało ustanowione na okres związania ofertą tj. na okres 30 dni, jak tego wymagał zamawiający. Za nieuzasadnione należy uznać stanowisko zamawiającego i przystępującego, że końcowy termin ważności gwarancji nie może przypadać na dzień wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatę kwoty wadium a nie terminem dokonania czynności przez beneficjenta gwarancji. Niewątpliwie z treści złożonej wraz z ofertą odwołującego gwarancji zapłaty wadium oraz aneksu nr 1 jasno wynika, że zobowiązanie ubezpieczyciela wygasa z dniem 27.12.2009 roku, a zatem gwarancja została ustanowiona na okres 30 dni.

Termin końcowy gwarancji to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kodeksu cywilnego w którym ustają skutki czynności prawnej dokonanej przez gwaranta, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. Izba wskazuje, że przepis art. 115 kodeksu cywilnego nie znajduje zastosowania do liczenia terminów w przedmiotowym sporze, z uwagi na to, że data 27.12.2009 roku jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej a nie datą od której uzależnione jest działanie czy podjęcie czynności. Chybione jest stanowisko zamawiającego i przystępującego, zmierzające do konieczności wydłużenia terminu obowiązywania gwarancji zapłaty wadium na skutek zastosowania art. 115 kodeksu cywilnego, wydłużenie terminów obowiązywania gwarancji może odbywać się wyłącznie w wyniku działania stron.

Ponadto wskazać należy, że skutki prawne wynikłe z upływu terminu ważności gwarancji wadium są tożsame ze skutkami prawnymi upływu terminu związania ofertą. W rozpatrywanym przypadku zobowiązanie ubezpieczyciela z tytułu zapłaty kwoty wadium wygasa tego samego dnia, co upływ terminu związania ofertą tj. 27.12.2009 roku. Zatem brak podstaw do twierdzenia, że oferta odwołującego nie jest zabezpieczona wadium na okres związania ofertą. Stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 kwietnia 2009 roku Sygn. akt VI ACA 1369/08.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty z uwagi na brak zabezpieczenia oferty wadium na okres związania ofertą narusza przepisy art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Z uwagi na to, że wykazane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust.1 i 1 a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

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 **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....