

Sygn. akt KIO/UZP 132/10

WYROK
z dnia 19 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Członkowie: **Emil Kuriata**

Jolanta Markowska

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Internetia Sp. z o.o., Talex S.A., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Łodzi, 90-921 Łódź, Pl. Dąbrowskiego 5** protestu z dnia **29 grudnia 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **Telekomunikacja Polska S.A, 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Sąd Apelacyjny w Łodzi, 90-921 Łódź, Pl. Dąbrowskiego 5 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 uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Internetia Sp. z o.o., Talex S.A., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7A;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Sąd Apelacyjny w Łodzi, 90-921 Łódź, Pl. Dąbrowskiego 5** na rzecz **Konsorcjum firm: Internetia Sp. z o.o., Talex S.A., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Internetia Sp. z o.o., Talex S.A., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7A.**

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

Odwołanie zostało wniesione w piśmie z dnia 21 stycznia 2010 r. przez odwołującego - Konsorcjum Internetia sp. z o.o., oraz Talex S.A. reprezentowane przez Internetia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zestawienie łączy i zakup usług transmisji danych dla obsługi informatycznej jednostek sądownictwa powszechnego na obszarze apelacji łódzkiej (znak sprawy A V. 045-07/09) od uwzględnienia przez zamawiającego - Sąd Apelacyjny w Łodzi protestu złożonego w dniu 30 grudnia 2009 r. przez Telekomunikację Polską SA (zwana dalej TP SA), a dotyczącego wyboru w dniu 22 grudnia 2009 r. jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

W proteście TP SA zarzuciła Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt Ustawy, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy, wybór oferty złożonej przez Konsorcjum jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisu art. 91 Ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Jednocześnie TP SA zażądała anulowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponownego dokonania czynności oceny złożonych ofert oraz w konsekwencji wykluczenia z postępowania Konsorcjum i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TP SA. W uzasadnieniu protestu wykonawca - TP SA. wskazał, że jego

zdaniem Konsorcjum nie wniosło wadium i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji oferta złożona przez Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 5 Ustawy jako oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania. W ocenie wykonawcy zamawiający w Rozdziale XII w pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł wymóg, iż „oferta musi być zabezpieczona wadium w wysokości 100 000,00 (słownie złotych: sto tysięcy)”. Wynika z powyższego, że Wykonawca, czyli Konsorcjum, w którego skład wchodzi Internetia Sp. z o.o. oraz TALEX S.A. jest zobowiązany do wniesienia wadium w określonej przez zamawiającego wysokości. Z dołączonego do oferty Konsorcjum kopii dowodu przelewu wynika, że wadium wniósł zupełnie inny podmiot gospodarczy, niewchodzący w skład Konsorcjum, a mianowicie NETIA S.A. W żadnym też miejscu tego dokumentu nie wskazano, iż wadium to jest wnoszone w imieniu Konsorcjum, czy też któregoś z jego członków (wskazany jest jedynie numer postępowania), ani też do oferty nie dołączono pełnomocnictwa dla NETIA S.A. upoważniającego do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum. Celem wadium jest zabezpieczenie oferty. Zgodnie bowiem z przepisami Prawa zamówień publicznych, Zamawiającemu przysługują konkretne uprawnienia z tytułu określonych w przepisach art. 46 Ustawy uchybień. Zgodnie z ust. 4a „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 nie leżących po jego stronie”. Zgodnie z ust. 5 „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub/izawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Rozważeniu przez Zamawiającego powinno podlegać zatem, czy w sytuacji, gdy wadium zostało wniesione przez podmiot, który w niniejszym postępowaniu nie złożył oferty, będzie mógł skutecznie wykonywać swoje uprawnienia wynikające z wadium. Uprawnienia z wadium Zamawiający może bowiem wykonywać, jedynie wobec Wykonawcy (zgodnie z definicją określoną w art. 2 pkt 11 Ustawy „osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która (...) złożyła ofertę (...) w sprawie zamówienia publicznego”), jeżeli ten dopuściłby się uchybień, o których mowa wyżej. Skoro przelew kwoty wadium dokonał inny wykonawca niż Konsorcjum, to nie zajdzie przesłanka, która upoważni Zamawiającego do realizacji swoich uprawnień. Podmiot, który nie złożył oferty nigdy nie uchybi obowiązkowi wynikającym z przepisów Ustawy, gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie złożył oferty. Z tych względów wadium nie będzie mogło być egzekwowalne, a zatem nie zabezpiecza oferty i ewentualnych roszczeń

Zamawiającego. Na poparcie prezentowanego stanowiska wykonawca wskazał na orzecznictwo z zakresu zamówień publicznych, podnosząc jednocześnie, iż wadliwie wniesionego wadium nie można konwalidować po upływie terminu składania ofert. Biorąc powyższe pod uwagę wykonawca stwierdził, iż Zamawiający powinien bezwzględnie wykluczyć Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, skoro ten nie wniósł wadium, i zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 Ustawy uznać ofertę złożoną przez Konsorcjum jako odrzuconą oraz odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Brak wykluczenia Wykonawcy, jak też brak odrzucenia oferty, która bezwzględnie podlega odrzuceniu z mocy prawa powoduje, że postępowanie będzie obarczone wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 Ustawy nieważność umowy ma miejsce, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w Prawie zamówień publicznych, które miały wpływ na wynik tego postępowania. Natomiast wybór zarówno oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, jak i oferty podlegającej odrzuceniu bezspornie stanowi naruszenie Ustawy mające wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższy protest zamawiający podzielił pogląd protestującego wykonawcy, że przyjmując kwotę wadium wpłaconą przez firmę NETIA S.A., bez jednoznacznego określenia w czym imieniu wpłata na konto Sądu Apelacyjnego w Łodzi została dokonana i braku w złożonej przez Konsorcjum ofercie upoważnienia do dokonania czynności przelewu kwoty wadium przez inny podmiot, naraża się na brak możliwości wykorzystania swoich uprawnień wynikających z określonych w Ustawie Pzp uchybień w działaniach Wykonawcy. Brak wskazania w dokumencie wadium Wykonawcy oraz brak w złożonej przez Konsorcjum ofercie stosownego dokumentu na tę okoliczność, uniemożliwia przypisanie wniesionego wadium do oferty złożonej przez Konsorcjum.

W dniu 7 stycznia 2010 r. Odwołujący przystąpił do protestu TP SA po stronie Zamawiającego żądając jego oddalenia w całości. Tym samym Odwołujący stał się legitymowanym do wniesienia niniejszego odwołania. W dniu 11 stycznia 2010 roku Zamawiający uwzględnił w całości protest TP SA, dokonując czynności żądanych przez TP S A. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu: naruszenie art. 356 ust. 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Ustawy, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 2 pkt Ustawy poprzez wykluczenie z postępowania Konsorcjum, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum, naruszenie przepisu art. 91 Ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4, oraz 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako najkorzystniejszej i wniósł o uwzględnienie w całości niniejszego odwołania poprzez oddalenie protestu TP S.A. i w konsekwencji unieważnienie czynności dokonanych po dniu uwzględnienia protestu TP S.A.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, że istotą w niniejszej sprawie jest rozstrzygnięcie czy wadium w formie pieniężnej wniesione przez podmiot trzeci, który nie składał w niniejszym postępowaniu oferty, można uznać za wniesione skutecznie w imieniu Konsorcjum i czy takie wadium zabezpiecza ofertę Konsorcjum, a co za tym idzie czy Zamawiający będzie mógł wykonywać swoje uprawnienia wynikające z wadium. Zdaniem wykonawcy bezspornym jest fakt, że na konto Zamawiającego wpłynęło wadium w kwocie 100 000 zł wpłacone przez firmę Netia S.A. w terminie przewidzianym do wniesienia wadium. Konsorcjum do swojej oferty dołączyło potwierdzenie zapłaty tego wadium. W takich okolicznościach faktycznych Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, nie znajdując w ofercie Konsorcjum żadnych wątpliwości dotyczących złożonego wadium. Jednakże na skutek wniesionego protestu przez TP SA na wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, Zamawiający podzielił poglądy TP SA co do nieskuteczności wniesionego wadium przez Konsorcjum. Uwzględniając protest TP SA uzasadnił swoje rozstrzygnięcie tym, że wadium wpłacone przez firmę Netia S.A, nie zawiera wskazania w czyim imieniu zostało wniesione, a firma Netia S.A nie posiadała upoważnienia do złożenia wadium. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, taka wpłata naraziła Zamawiającego na brak możliwości wykorzystania swoich uprawnień wynikających z Ustawy dotyczących wadium. Jednakże Zamawiający nie wyjaśnił dokładnie, jakie to podstawy prawne wskazują na brak takich możliwości i z jakich przepisów prawa to wynika. Rozstrzygając postawioną na wstępie kwestię, zwrócił uwagę na art. 14 Ustawy. Zgodnie z nim, do wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Przepisy Ustawy stanowią więc *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego, a w zakresie odrębnie nieuregulowanym w przepisach prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy stosować wprost kodeks cywilny. Ustawa w art. 45 daje pewne wskazówki co do wpłaty wadium, ale nie określa w pełni wszystkich zasad wnoszenia wadium. Żaden przepis Ustawy nie określa przez kogo to wadium ma być zapłacone. Art. 45 ust. 3 Ustawy stanowi: „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.”, a nie, że to wykonawca wnosi wadium. W takich przypadkach art. 14 Ustawy odsyła do kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 356 kodeksu cywilnego, wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia, a jeżeli wierzytelność pieniężna jest wymagalna, wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia od osoby trzeciej, chociażby działała bez wiedzy dłużnika. Nie ma uzasadnienia, aby twierdzić że wniesienie wadium, o którym mowa w Ustawie ma być osobistym świadczeniem wykonawcy. Nie wynika to ani z treści czynności prawnej, bo takiej czynności prawnej nie było między stronami. Nie wynika to również z Ustawy Prawo zamówień publicznych, bo

Ustawa ta nie określa wprost przez kogo te wadium ma być zapłacone. Nie wynika to także z właściwości świadczenia, zwłaszcza że ustawodawca dopuszcza aby do zapłaty wadium w formie innej niż pieniężnej zobowiązywał się podmiot trzeci, a nie wykonawca. Zasada jaka więc wypływa z art. 356 kc stanowi, że jeżeli indywidualność dłużnika nie ma wpływu na spełnienie świadczenia to nie jest istotne kto je spełni i to do dłużnika należy decyzja czy i w jakim zakresie posłuży się on przy spełnianiu świadczenia osobami trzecimi. Dla wierzyciela jest istotne, aby otrzymał świadczenie. (Kodeks cywilny, tom I, komentarz do artykułów 1-449" pod redakcją K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H.Beck, str. 938). W ocenie wykonawcy, z sytuacją opisaną w tym przepisie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, przy czym osoba trzecia, a więc firma Netia SA działała za wiedzą dłużnika, czego potwierdzeniem jest dowód wpłaty dołączony do oferty Konsorcjum. Nie można, więc mówić o przypadkowym czy pomyłkowym wniesieniu wadium. Ponadto, na dowodzie wpłaty wadium widnieje opis w postaci numeru postępowania, zgodnie z resztą z zaleceniami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział XII, pkt 4 SIWZ). Fakt dołączenia do oferty Konsorcjum potwierdzenia wniesienia wadium powinien być wystarczający dla interpretacji oświadczenia woli firmy Netia SA, że wpłata wadium przez tą firmę jest dokonana wpłatą w imieniu Konsorcjum. Tym bardziej, że Netia SA nie brała udziału w postępowaniu, a więc wniesione wadium można było przypisać konkretnemu wykonawcy. Zdaniem wykonawcy, nie można również pominąć faktu, że uczestnicy Konsorcjum mogą ułożyć sobie stosunek prawny według swego uznania, w tym także co do wniesienia wadium. Na marginesie trzeba zaznaczyć, że umowa o utworzeniu Konsorcjum została sporządzona w trzech jednobrzmiących egzemplarzach, w tym jeden sporządzony na potrzeby oferty Konsorcjum. Do tej pory Zamawiający nie zapoznał się z tą umową. Umowa o utworzeniu Konsorcjum zawiera jasne i precyzyjne postanowienia przez kogo zostanie wpłacone wadium. Do umowy tej załączone jest oświadczenie Netia SA, zobowiązujące się do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum. Dowód: kopia Załącznika nr 1 do umowy Konsorcjum - oświadczenie Netia SA w/s wpłaty wadium. Zlecając wniesienie wadium osobie trzeciej, nie było potrzeby, by do wniesienia wadium wystawiać osobne pełnomocnictwo, bo wniesienie wadium jest czynnością faktyczną, a nie prawną. Potwierdza to też wyrok z dnia 20 października 2008 r. (KIO/UZP 1063/08) „Nie ma odrębnej regulacji co do posiadania pełnomocnictwa do wniesienia wadium w przypadku konsorcjum wykonawców. Istnieje jedynie obowiązek do złożenia wadium do zamawiającego przed upływem składania ofert." Jak więc z powyższego wynika, żadne przepisy prawa nie zakazują wnoszenia wadium przez podmioty trzecie, a co więcej nie jest wymagane do tej czynności osobne pełnomocnictwo. Także odpowiednie przepisy prawa regulują ewentualne żądanie zwrotu dokonanego świadczenia (Zamawiający prawdopodobnie obawiał się, że Netia SA zażąda zwrotu wpłaconej kwoty a oferta Konsorcjum pozostanie bez

zabezpieczenia). Takie żądanie zwrotu nie może nastąpić w oderwaniu od regulujących takie sytuacje przepisów kodeksu cywilnego. Materię tą opisują przepisy art. 405 - 411 kodeksu cywilnego. Zestawiając te przepisy z sytuacją wynikłą w ramach niniejszego postępowania można się przekonać, że nie zachodzą tu przesłanki do uznania wpłaty wadium przez Netię S.A. za bezpodstawne wzbogacenie Zamawiającego, ani za świadczenie nienależne, które skutkować by mogło obowiązkiem zwrotu Netii SA kwoty wpłaconej na konto Zamawiającego. Obawa, więc Zamawiającego jest całkowicie bezpodstawna, zwłaszcza w świetle postanowień umowy o utworzeniu Konsorcjum i zobowiązania Netia SA wobec Konsorcjum do wniesienia wadium. Niezależnie, obok wyżej przedstawionej kwestii wynikającej z art. 356 kc, należy podnieść jeszcze jedną istotną kwestię. Obok wadium w formie pieniężnej ustawodawca dopuścił też wniesienie wadium w formie poręczenia lub gwarancji. Jednakże faktycznie to nie wykonawca składa wadium w formie poręczenia lub gwarancji. Są to podmioty trzecie, a więc poręczyciel lub gwarant. Wykonawca składa tylko dokument, w którym podmioty te zobowiązują się do zapłaty na rzecz Zamawiającego określonej kwoty wadium. Tymczasem wadium w formie pieniężnej wpłacone przez podmiot trzeci jest uważane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego za „gorszy” sposób zabezpieczenia oferty. A przecież kwota wadium spoczywa na koncie bankowym Zamawiającego, co powoduje, że Zamawiający nie ma żadnych trudności, aby dokonać ewentualnego zatrzymania wadium, (przy gwarancji czy poręczeniu wymaga to jednak zwrócenia się do gwaranta czy poręczyciela). Takie działanie stawiające w gorszej sytuacji wykonawcę dokonującego wpłaty wadium przez osobę trzecią niż wykonawcę składającego wadium w formie gwarancji czy poręczenia jest dla Odwołującego całkowicie niezrozumiałe. Idąc dalej, takie działanie Zamawiającego jest, zdaniem Odwołującego, naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 Ustawy. Analizując orzecznictwo Zespołu Arbitrów („ZA”) i Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) w sprawie wadium nie sposób – zdaniem odwołującego - nie dostrzec, że kładzie się przede wszystkim nacisk na skuteczne wniesienie wadium, co w konsekwencji ma zabezpieczać ofertę, poprzez możliwość zatrzymania wadium w wypadkach wskazanych w Ustawie. Organy orzecznicze wielokrotnie podejmowały próbę wyjaśnienia istoty wadium i jego znaczenia w postępowaniu. Istotą wadium jest zabezpieczenie ważności oferty na czas udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ (wyrok z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 757/09). Warto przytoczyć tu także wyrok ZA z dnia 12.05.2006 r. (UZP/ZO/0-1337/06): „Celem wadium jest zabezpieczenie Zamawiającego przed uczestniczeniem w postępowaniu wykonawców, którzy nie są zainteresowani zawarciem umowy. W zasadzie nie jest ważne, kto wnosi wadium. Istotne jest, czy zabezpiecza określoną ofertę. ” Nie jest przeszkodą także

wpłacenie wadium, chociażby w drodze wpłaty gotówki w kasie banku (KIO/UZP 407/09). Nie ma potrzeby nawet udokumentowania wniesienia wadium w formie pieniężnej, bo istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez Zamawiającego (KIO/UZP 113/09). Z resztą w niniejszym postępowaniu Zamawiający zastrzegł, że za termin wniesienia wadium uznaje się termin zaksięgowania przelewu na rachunku Zamawiającego (rozdział XII, pkt 5 SIWZ). Nie powinno też mieć znaczenia, kto faktycznie wnosi wadium, jeżeli zabezpiecza ono konkretną ofertę. Istotnym jest natomiast, by w momencie upływu terminu do składania ofert, środki na zabezpieczenie znajdowały się w dyspozycji zamawiającego - były na jego rachunku bankowym. Ten właśnie wymóg był wielokrotnie podkreślany w orzecznictwie (np. wyrok ZA z 2007-04-25 UZP/ZO/0-462/07, wyrok ZA z 2006-02-06 UZP/ZO/0-285/06). Konsekwencją nieuznania za skutecznie wpłacone wadium przez firmę Netia S.A w imieniu Konsorcjum, było naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt Ustawy poprzez wykluczenie z postępowania Konsorcjum oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum. Nie można twierdzić, że w świetle art. 24 ust. 2 pkt Ustawy wadium nie zostało wniesione. Kwota 100 000 zł została wpłacona na konto Zamawiającego przed upływem terminu do jego wniesienia. W wyroku z 14 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 663/08) KIO wskazała, że: „literalne brzmienie przedmiotowego przepisu (a taka jest naczelną zasadą wykładni przepisów prawa) wskazuje, iż tylko i wyłącznie brak wadium na rachunku wskazanym przez Zamawiającego do upływu terminu składania ofert, a więc jego nie wniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W niniejszym postępowaniu wymagana kwota zabezpieczenia wadium oferty została faktycznie wniesiona, tak więc oferta konsorcjum była skutecznie zabezpieczona, poprzez fakt spoczywania na rachunku bankowym Zamawiającego wymaganej kwoty, z której może on w każdej chwili się Zaspokoić - w sytuacjach określonych w ustawie pzp Cel wadium został zatem osiągnięty. Dlatego też wykonawca konsorcjum nie może zostać wykluczony z postępowania ze względu na brak wadium, które faktycznie zostało wniesione. Ustawodawca w przepisie art. 24 ust. 2 ustawy p.zp. nie przewidział konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób inny niż określony w art. 45 ust. 7 ustawy pzp " W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego wadium zostało wniesione skutecznie i zabezpiecza ofertę Konsorcjum. Nie było więc podstaw, aby wykluczyć Konsorcjum z postępowania i odrzucić jego ofertę. Wykonawca podkreśla, że celem Ustawy jest zapewnienie należytego wydatkowania środków publicznych i zabezpieczenie interesów Zamawiającego, tak aby uzyskać jak największe korzyści przy jak najmniejszych wydatkach, poczynionych w tym celu (zasada uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów). Dlatego też przy przeprowadzaniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wysoce niewskazany jest nadmierny formalizm oraz literalne interpretowanie przepisów prawa, bez zwracania uwagi na cel poszczególnych instytucji ustawowych oraz samej

Ustawy. Formalizm i literalność wykładni mogą bowiem prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający na realizację danego zamówienia zmuszony będzie wydatkować środki w kwocie znacznie wyższej niż ta, która wynikała z oferty faktycznie najkorzystniejszej. Taka właśnie sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu. To Konsorcjum złożyło najkorzystniejszą cenę oferty, zabezpieczonej wymaganym wadium i zgodnie z art. 91 Ustawy jego oferta powinna być wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza biorąc pod uwagę dowody z dokumentacji postępowania, oraz złożone w toku rozprawy wyjaśnienia odwołującego i zamawiającego a także przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy uznała, iż odwołanie podlega uwzględnieniu.

W niniejszej sprawie Izba miała na względzie następujące ustalenia faktyczne i prawne.

Wnoszący odwołanie Wykonawca – Konsorcjum [Internetia sp. z o.o., Tales S.A.] reprezentowane przez Internetia sp. z o.o. z Warszawy dołączył do oferty potwierdzenie wniesienia wadium w wymaganej w tym postępowaniu kwocie 100.000 zł. Wpłaty wadium dokonała firma Netia S.A., zaznaczając na przelewie numer (oznaczenie) postępowania, którego dotyczy. W przystąpieniu do postępowania protestacyjnego zawartym w piśmie z dnia 7 stycznia 2010 r. odwołujący powołał się na umowę Konsorcjum, a do wniesionego odwołania dołączył oświadczenie stanowiące załącznik nr 1 do tej umowy, zgodnie z którym Netia S.A. zobowiązywała się wobec Konsorcjum do wniesienia w jego imieniu wadium wymaganego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zestawienie łączny i zakup usług transmisji danych dla obsługi informatycznej jednostek sądownictwa powszechnego na obszarze apelacji łódzkiej (znak sprawy: A V. 045-07/09). W oświadczeniu tym wskazany został również zamawiający – Sąd Apelacyjny w Łodzi przy ul. Dąbrowskiego 5 oraz numer rachunku bankowego, a także oznaczono tytuł przelewu "wadium – znak sprawy A V. 045-07/09. Zaznaczono jednocześnie termin wpłaty wadium (do dnia 3 grudnia 2009 r.) oraz, że kopia przelewu zostanie przekazana Internetii sp.z o.o. w dniu wpłaty wadium. W toku rozprawy odwołujący przedłożył również umowę Konsorcjum, która w paragrafie 6 ust.3 (odwołując się do wym. Oświadczenia) stanowi, o wadium wpłacanym w imieniu Konsorcjum (w formie i wysokości wymaganym niniejszym postępowaniu) przez spółkę Netia S.A.

Mając na względzie powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby przede wszystkim stwierdza, iż ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.

U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [ustawa lub ustawa PZP] nie definiuje pojęcia „wadium”. Jednakże ustawa określa zasady ustalania wysokości wadium, dozwolone formy jego wnoszenia, zasady zatrzymania wadium oraz jego zwrotu. Jedną z takich form obok gwarancji i poręczeń są środki pieniężne. Zgodnie z przepisem art. 46a wadium zabezpiecza ofertę, albowiem zamawiający zatrzymuje wadium, 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 nie leżących po jego stronie. Ponadto zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, oraz gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Rozpatrując zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie wniesienia wadium, skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zamawiającego, iż oferta nie została prawidłowo zabezpieczona wadium. Po pierwsze, istotne znaczenie z punktu oceny spełnienia wymogu wniesienia wadium przez odwołującego się wykonawcę ma okoliczność dołączenia do oferty dowodu wniesienia wadium i wpływ wymaganej kwoty tytułem wadium – dotyczącego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - na konto zamawiającego. Treść umowy konsorcjum (przedłożona na rozprawie) i załącznik do tej umowy – oświadczenie, 9dołączone do odwołania), dodatkowo potwierdzają, że Netia S.A. została upoważniona przez Konsorcjum do wpłaty w imieniu Konsorcjum wymaganego w niniejszym postępowaniu wadium, stanowiącego zabezpieczenie złożonej oferty. Takie wniesienie wadium potwierdzone dodatkowo porozumieniem z podmiotem trzecim nie ogranicza uprawnień zamawiającego do wykonywania jego uprawnień z wadium, jeżeli uchybień, o których mowa w art. 46 ust.4a i 5 Ustawy PZP dopuściłby się zobowiązany wykonawca, w tym przypadku odwołujące się Konsorcjum.

Izba zauważa także, iż należy zgodzić z wnoszącym odwołanie wykonawcą, że ustawa w art. 45 daje pewne wskazówki co do wpłaty wadium, ale nie określa w pełni wszystkich zasad wnoszenia wadium. Przede wszystkim żaden przepis ustawy PZP nie określa przez kogo to wadium ma być wniesione. Wskazany przepis art. 45 w ust. 3 PZP wymaga, aby wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert.", a nie, że to wykonawca wnosi wadium. W takich przypadkach art. 14 ustawy PZP odsyła do kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 356 kodeksu cywilnego, wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z

właściwości świadczenia, a jeżeli wierzytelność pieniężna jest wymagalna, wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia od osoby trzeciej, chociażby działała bez wiedzy dłużnika. W świetle przepisów Prawa zamówień publicznych brak jest podstaw, aby twierdzić że wniesienie wadium, o którym mowa w ustawie ma być osobistym świadczeniem wykonawcy. Nie wynika to przede wszystkim z ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem ustawa ta nie określa wprost przez kogo te wadium ma być zapłacone. Nie wynika to także z właściwości świadczenia, zwłaszcza że ustawodawca dopuszcza aby do zapłaty wadium w formie innej niż pieniężnej zobowiązywał się podmiot trzeci, a nie wykonawca. Zgodzić się zatem należy z odwołującym, iż zasada jaka wypływa z art. 356 kc stanowi, że jeżeli indywidualność dłużnika nie ma wpływu na spełnienie świadczenia, to nie jest istotne kto je spełni i to do dłużnika należy decyzja czy i w jakim zakresie posłuży się on przy spełnianiu świadczenia osobami trzecimi. Dla wierzyciela jest istotne, aby otrzymał świadczenie, a w przypadku Prawa zamówień publicznych, aby także było egzekwowalne, co w ocenie Izby w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości.

W sytuacji wynikającej z niniejszego stanu faktycznego osoba trzecia, tj. firma Netia SA działała za wiedzą dłużnika, czego potwierdzeniem jest dowód wpłaty dołączony do oferty Konsorcjum i treść przywoływanego załącznika do umowy Konsorcjum. Ponadto, na dowodzie wpłaty wadium zaznaczono, którego postępowania dotyczy, zgodnie z zaleceniami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział XII, pkt 4 SIWZ). Z tych też względów fakt dołączenia do oferty Konsorcjum potwierdzenia wniesienia wadium powinien być – jak stwierdził odwołujący - wystarczający dla interpretacji oświadczenia woli firmy Netia SA, że wpłata wadium przez tę firmę jest wniesieniem wadium w imieniu Konsorcjum. Izba zauważa również, że zlecenie wniesienia wadium osobie trzeciej, nie wymagało formy pełnomocnictwa, albowiem taki wymóg nie wynika z obowiązujących przepisów.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby uznał, iż dokonanie czynności przez zamawiającego zgodnie z rozstrzygnięciem protestu z dnia 11 stycznia 2010 r. i wykluczenie odwołującego z postępowania prowadziły do naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy PZP i tym samym art. 89 ust.1 pkt 5 a także art. 91 ustawy PZP. Mając powyższe na względzie Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 PZP, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....