

Sygn. akt: KIO 1206/21

WYROK
z dnia 1 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Auto-Podlasie Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Auto-Podlasie Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na zawarcie umowy ramowej na dostawy pojazdów typu SUV w policyjnej wersji oznakowanej. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 255-640193.

W dniu 22 kwietnia 2021 r. wykonawca Auto Podlasie Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wykluczenia go z udziału w postępowaniu, zaniechania odrzucenia jego oferty oraz wobec zatrzymania wadium. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku ze złożeniem nieopatrzonej podpisem elektronicznym, a co za tym idzie niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii Informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących T. D. oraz zaświadczenia Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach przez Odwołującego, w sytuacji w której Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia braku formalnego przesłanych dokumentów;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia braku formalnego przesłanych w toku postępowania dokumentów lub wyjaśnienia tego braku;
- 3) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez zatrzymanie wniesionego przez Odwołującego wadium, w sytuacji gdy wykluczenie Odwołującego z postępowania było nieuzasadnione oraz nie doszło do wypełnienia dyspozycji art. 46 ust.4a ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i zatrzymania wadium oraz uwzględnienia oferty Odwołującego przy ponownej ocenie ofert.

Odwołujący wskazał, że 31 marca 2021 r. Zamawiający w związku z bezskutecznością wezwania skierowanego do Odwołującej w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp skierował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia (art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) w terminie do 7 kwietnia 2021 r. Odwołujący stwierdził, że w wyznaczonym terminie uzupełnił wszystkie wymagane dokumenty określone w treści wezwania.

Odwołujący podał, że pismem z 12 kwietnia 2021 r. (doręczonym Odwołującemu 13 kwietnia 2021 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na dokonaną weryfikację złożonych dokumentów, która wykazała, że dwa spośród złożonych dokumentów (Informacja z KRK dotycząca prokurenta T. D. oraz zaświadczenie o niezaleganiu wykonawcy w podatkach) stanowią niepoświadczoną za zgodność z oryginałem kopię (brak podpisu elektronicznego wykonawcy na przesłanych kopiach stosownie do ust. 10.5 SIWZ). Jednocześnie pismem z 12 kwietnia 2021 r. (doręczonym Odwołującemu 13 kwietnia 2021 r.) Zamawiający poinformował o zatrzymaniu złożonego w postępowaniu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, wskazując jako podstawę art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Tego samego dnia Zamawiający skierował wezwanie do zapłaty wadium przez udzielającego gwarancji ubezpieczyciela (Warta TU S.A.).

Dalej Odwołujący wskazał, że pismem z 16 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze czterech najkorzystniejszych ofert w oparciu o kryteria SIWZ. Następnie jednak 19 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował za pośrednictwem platformy zakupowej wszystkich wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności badania i oceny ofert oraz czynności wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, a także o powtórzeniu tych czynności. Zamawiający uzasadnił, że powyższe unieważnienie i powtórzenie czynności wynika z zaniechania wezwania wykonawców do przedłożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał jednak unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego. Ostatecznie Zamawiający 19 kwietnia 2021 r. wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 40 dni, wskazując termin na złożenie przez oświadczenia w tym zakresie do dnia 22.04.2021 r.

Odwołujący wskazał, że 19 kwietnia 2021 r., wobec unieważnienia przez Zamawiającego czynności w toku postępowania, przesłał Zamawiającemu ponownie dokumenty w postaci Informacji z KRK dotyczące T. D. oraz zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach we właściwej już formie, tj. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że ma świadomość, iż zgodnie z orzecznictwem KIO wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma jednokrotny charakter, jednak w licznych orzeczeniach KIO wyraźnie wskazuje także, że zasada jednokrotności wezwania nie ma charakteru absolutnego, zwłaszcza w przypadku, w którym ponowne wezwanie wykonawcy posiada inny zakres lub też ma na celu wyjaśnić/uzupełnić wątpliwości lub braki, które pojawiły się po skierowaniu pierwszego wezwania w tym trybie. Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek w każdym

przypadku rozważyć, czy ponowne wezwanie do uzupełnienia właściwej formy dokumentu nie dotyczy innego zakresu aniżeli zakres wezwania pierwotnie skierowanego do wykonawcy. Kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu jest możliwe, jeśli dotyczy innych okoliczności niż uprzednie wezwanie.

Odwołujący podniósł, że w rozpoznawanej sprawie powyższe znajduje tym bardziej uzasadnienie, że sam Zamawiający po czynnościach wykluczenia Odwołującego i dokonaniu badania, oceny oraz wyboru ofert najkorzystniejszych, unieważnił swoje działania wobec własnego zaniechania wezwania wykonawców nie tylko do przedłożenia dokumentów w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ale także o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2. Bezspornie zatem Zamawiający nie może w pierwszej kolejności wyciągać korzyści dla siebie a negatywnych dla wykonawców konsekwencji, w przypadku gdy sam nierzetelnie prowadzi postępowanie, czego przykładem potwierdzonym przez samego Zamawiającego jest wadliwość skierowanych do wykonawców wezwań z 31 marca 2021 r., skutkująca obecnie unieważnieniem czynności wyboru, badania i oceny ofert.

W zakresie zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium Odwołujący podniósł, że przedmiotowa czynność Zamawiającego była konsekwencją wadliwego wykluczenia Odwołującego z postępowania, w związku z tym przedmiotowy zarzut uzasadniony jest zasadnością podnoszonego wyżej zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania. W przypadku bowiem wyeliminowania (unieważnienia) czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie będzie mógł być stosowany.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że jedynie niezłożenie dokumentów lub oświadczeń uprawnia do zatrzymania wadium. Aby wystąpiła możliwość zatrzymania wadium konieczne jest niedostarczenie dokumentów, nie zaś dostarczenie dokumentów w nieprawidłowej formie. Odwołujący podniósł, że w wyznaczonym terminie uzupełnił wszystkie wymagane dokumenty. Dopiero weryfikacja uzupełnionych w całości dokumentów wykazała brak właściwej formy, co do dwóch z nich, polegający na zaniechaniu opatrzenia kopii przesyłanych elektronicznie dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co jest równoznaczne z poświadczeniem ich za zgodność z oryginałem. Zdaniem Odwołującego nie jest to sytuacja objęta dyspozycją art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Do stanu faktycznego niniejszej sprawy nie znajduje zastosowania powołana w piśmie Zamawiającego uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., sygn. akt: III CZP 27/17, gdyż w sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją, w której treść złożonego dokumentu nie potwierdza okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie, przesłane przez Odwołującego kopie dokumentów, tj. Informacji z KRK oraz zaświadczenia o niezaleganiu

w podatkach potwierdzały okoliczności, na które zostały złożone (braku podstaw wykluczenia), lecz nie posiadały odpowiedniej formy.

Odwołujący podniósł, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp powinno mieć miejsce wyjątkowo, w ściśle określonych okolicznościach, po sprawdzeniu przyczyn zaistniałej sytuacji oraz po ocenie intencji wykonawcy. Należy mieć na względzie przede wszystkim cel, w jakim ww. przepis został do ustawy wprowadzony, czyli zapobieganie znikom wykonawców. O istnieniu ryzyka zmywy wykonawców można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Interpretacja przepisu art. 46 ust. 4a Pzp wymaga bowiem uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców.

Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie nie sposób uznać, aby intencją Odwołującego, który złożyła wszystkie wymagane dokumenty i w zakresie zaledwie dwóch z nich omyłkowo zaniechał umieszczenia na nich podpisu elektronicznego, było celowe uniemożliwienie wybrania jej oferty przez Zamawiającego. Ostatecznie Odwołujący złożył ww. dokumenty we właściwej formie, po otrzymaniu od Zamawiającego informacji o unieważnieniu czynności wyboru, oceny i badania ofert, co bezsprzecznie potwierdza jego intencje w postępowaniu.

Na marginesie Odwołujący wskazał również, że złożył także oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, po otrzymaniu Zamawiającego w tym zakresie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 22 kwietnia 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.

(dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na dostawę 300 szt. pojazdów typu SUV z napędem 4x4 w policyjnej wersji oznakowanej (pkt 3.1 SIWZ).

W postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców, w tym Odwołujący.

Pismem z 17 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia *aktualnych na dzień złożenia dokumentów, o których mowa w SIWZ pkt.:*

9.4. W celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 3 uPzp, tj. braku podstaw do wykluczenia.

9.4.1. informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert,

9.4.2. zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

9.4.3. zaświadczenie właściwej terenowej jednostki Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

9.4.4. oświadczenie wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1170 ze zm.),

9.4.5. oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.

9.4.6. oświadczenie wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

Dokument w odpowiedniej formie (zgodnie z zapisami ust. 10 SIWZ) należy przesłać w terminie do dnia 30.03.2021 r. do Sekcji ds. Funduszy Pomocowych i Zamówień Publicznych KWP w Łodzi za pośrednictwem platformy zakupowej https://platformazakupowa.pl/pn/kwp_lodz. ID 411687.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący nie złożył ww. dokumentów. W związku z tym, pismem z 31 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do złożenia tych dokumentów.

Odwołujący w wyznaczonym przedłożył wskazane w wezwaniu dokumenty, przy czym informacja z KRK dotycząca pana T. D. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, zostały złożone w formie kopii elektronicznych, bez opatrzenia ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Pismem z 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający podał:

Zamawiający pismem z dnia 17.03.2021 r. na podstawie art. 26 ust. 1 uPzp wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 3 uPzp tj. braku podstaw do wykluczenia. (...) Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów. Wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wydłużenie terminu na złożenie dokumentów, ani nie poinformował go o jakichkolwiek trudnościach z tym związanych.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 uPzp pismem z dnia 31.03.2021 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia w/w dokumentów tj. na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił wszystkie wymagane

dokumenty. W trakcie weryfikacji dokumentów okazało się, że nie wszystkie zostały złożone we właściwej formie. Informacja z KRK dotycząca p. T. D. oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach zostały złożone w kopii bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (ze zm.) oraz zapisami pkt. 10.5. SIWZ Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Na podstawie art. 24 ust. 4 – Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Ponadto, pismem z 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie:

(...) Oferta wykonawcy była jedną z czterech najwyżej oceniona w przedmiotowym postępowaniu. Na podstawie art. 26 ust. 1 uPzp, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 3 uPzp potwierdzających, braku podstaw do wykluczenia. Pismo zostało przekazane Wykonawcy w dniu 17.03.2021 r. za pośrednictwem platformy zakupowej https://platformazakupowa.pl/kwp_lodz na konto bs.@toyota-lodz.com.pl, z którego w imieniu

Wykonawcy została złożona oferta w przedmiotowym postępowaniu. Powyższy adres jest w formularzu ofertowym wskazany do korespondencji i kontaktu. Zgodnie z terminem określonym w piśmie tj. do dnia 30.03.2021 r., Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów. Wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wydłużenie terminu na złożenie dokumentów, ani nie poinformował go o jakichkolwiek trudnościach z tym związanych.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 uPzp pismem z dnia 31.03.2021 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia w/w dokumentów tj. na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił wszystkie wymagane dokumenty. W trakcie weryfikacji dokumentów okazało się, że nie wszystkie zostały złożone

we właściwej formie. Informacja z KRK dotycząca p. T. D. oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach zostały złożone w kopii bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (ze zm.) oraz zapisami pkt. 10.5. SIWZ Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17 uznał, że przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Czynność zatrzymania wadium zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp została ściśle powiązana z treścią przepisu art. 26 ust. 3 i 25 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołanie się przez ustawodawcę do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje jednoznacznie, że nie chodzi tu jedynie o fizyczne niezłożenie dokumentów i oświadczeń, lecz również złożenie ich w reakcji na wezwanie w sposób niepotwierdzający spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca nie uzupełnił dokumentów zgodnie z wezwaniem z art. 26 ust. 3 uPzp (został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 uPzp), co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego zostały spełnione ustawowe przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust 4a uPzp.

W dniu 16 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych.

Pismem z 19 kwietnia 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom następującą informację:

Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi informuje o:

1) unieważnieniu czynności podjętych w postępowaniu, tj.:

czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16.04.2021 r.

czynność badania i oceny ofert

czynność wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą

2) powtórzeniu i dokonaniu nowych czynności w postępowaniu, tj.:

dokonać czynność badania i oceny oferty najkorzystniejszej w zakresie potwierdzenia, że dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego

powtórzyć czynność badania i oceny ofert

powtórzyć czynność wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą

Powyższe unieważnienie i powtórzenie czynności jest niezbędne w celu właściwej, zgodnej ze stanem prawnym i faktycznym postępowania, oceny merytorycznej ofert. Przy pierwotnej ocenie Zamawiający nie wezwał wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione do przedłożenia dokumentów w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 uPzp, tj. że dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zamawiający nie unieważnił czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący w dniu 19 kwietnia 2021 r. przekazał Zamawiającemu elektroniczne kopie informacji KRK dotyczącej pana T. D. oraz zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na fakt, że nie potwierdził się zarzut zaniechania wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia braku formalnego przesłanych w toku postępowania dokumentów lub wyjaśnienia tego braku. W konsekwencji czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia, była zasadna.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do

przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Okoliczność, że przedstawione na wezwanie skierowanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty w postaci informacji KRK dotyczącej pana T. D. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, zostały przedstawione w nieprawidłowej formie, tj. formie kopii niepotwierdzonych za zgodność z oryginałem, nie była między stronami sporna. Odwołujący nie kwestionował dokonanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny. Istotą sporu była kwestia skierowania ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub do wyjaśnienia przedstawionych dokumentów – na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powyższej kwestii po pierwsze należy stwierdzić, że nie zaistniały przesłanki skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tj. wezwania do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. Przepis ten znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy przedstawione dokumenty wywołują wątpliwości wymagające wyjaśnienia. W rozpoznawanej sprawie takich wątpliwości nie było, wadliwość dokumentów wynikała z niezachowania wymaganej formy, co nie mogło być usunięte w drodze wyjaśnień.

W ocenie Izby brak również było podstaw, aby skierować do Odwołującego kolejne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w postaci informacji KRK dotyczącej pana T. D. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach. Odwołujący był już bowiem raz wezwany do uzupełnienia m.in. tych dokumentów i nie uzupełnił ich skutecznie.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z konsekwentnie prezentowanym w orzecznictwie Izby poglądem, niedopuszczalne jest wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tych samych dokumentów. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozwalając na dowolność zamawiających w decydowaniu o tym, ile razy dać poszczególnym wykonawcom szansę na poprawienie braków. W związku z tym należy przyjąć, że w przypadku nieprzedstawienia wymaganych dokumentów lub przedstawienia dokumentów zawierających błędy, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia na podstawie art. 26

ust. 3 ustawy Pzp, a niesprostanie temu wezwaniu nie może prowadzić do kierowania do wykonawcy kolejnych wezwań. Innymi słowy, każdy wykonawca powinien mieć możliwość jeden raz uzupełnić określone dokumenty. Od tej reguły można odstąpić jedynie w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie było z jakiegoś powodu wadliwe – niewłaściwie wskazywało błędy w przedstawionych dokumentach czy było nieprecyzyjne. Sytuacja taka nie zaistniała w rozpoznawanej sprawie. Odwołujący był wezwany pismem z 31 marca 2020 r. do uzupełnienia m.in. informacji KRK oraz zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach. Podstawą tego wezwania był art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zastosowany w związku z nieprzedstawieniem dokumentów na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie to było prawidłowe, precyzyjne i nie wprowadzało wykonawcy w błąd. Przedstawienie dokumentów w niewłaściwej formie nie może powodować obowiązku umożliwienia wykonawcy przedstawienia tych dokumentów kolejny raz. Nie usprawiedliwia bowiem odstępstwa od zasady jednokrotności wezwania okoliczność, że pierwsze wezwanie zostało skierowane w związku z nieprzedstawieniem żadnego dokumenty, nie zaś z przedstawieniem dokumentu zawierającego te same wady, jak dokumenty przedstawione później. Skoro wykonawca wezwany do złożenia dokumentu w związku z jego wcześniejszym nieprzedłożeniem nie wykorzystuje przysługującej mu ustawowo możliwości i nie składa dokumentów prawidłowych, lecz dokumenty obciążone określonymi brakami, to nie może domagać się kolejnych wezwań do uzupełnienia dokumentów. Nie sposób twierdzić, że byłoby to wezwanie o innym zakresie przedmiotowym.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia, była prawidłowa. Oceny tej nie zmienia fakt, że Odwołujący w dniu 19 kwietnia 2021 r. przekazał Zamawiającemu elektroniczne kopie informacji KRK dotyczącej pana T. D. oraz zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przedstawienie tych dokumentów w prawidłowej formie nastąpiło bowiem już po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu oraz po wykluczeniu Odwołującego z postępowania, której to czynności Zamawiający nie unieważnił, a zatem pozostała ona w mocy.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut dotyczący bezpodstawnego zatrzymania wniesionego przez Odwołującego wadium.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów

potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że celem wprowadzenia do ustawy powyższego mechanizmu było zapobieganie znikom przetargowym. Ma on stanowić narzędzie zabezpieczające zamawiających przed takimi działaniami wykonawców, których celem jest manipulowanie wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z 24 kwietnia 2008 r. (druk sejmowy Nr 471), *obecna regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl. Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 PrZamPubl, z sytuacją wykonawcy uchylającego się od zawarcia umowy lub nie wnoszącego wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przyczyni się to do zracjonalizowania wydatkowania środków publicznych.*

Należy więc stwierdzić, że zatrzymanie wadium może mieć miejsce w przypadku, gdy z okoliczności sprawy wynika, że wykonawca nie działa z zamiarem przedstawienia prawidłowych dokumentów, ale próbuje doprowadzić do nieuczciwego wywarcia wpływu na wynik postępowania. Zatem zaniechania wykonawcy w tym zakresie muszą mieć postać kwalifikowaną – wykonawca wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w ogóle nie składa dokumentów, mimo że ma taką możliwość albo składa takie dokumenty, że uprawniony jest wniosek, iż to uzupełnienie było jedynie pozorne, a wykonawca działał tak, aby nie wykazać wymaganych okoliczności. Przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie powinien być natomiast stosowany w sytuacji, gdy wykonawca nie uzupełnia właściwych dokumentów z powodu zwykłych błędów, omyłek czy niedopatrzeń. Przepis ten stanowi bowiem sankcję dla nieuczciwych wykonawców, nie może być natomiast stosowany jako kara dla wykonawców popełniających jakiegokolwiek błędy oraz jako źródło dochodów zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący zareagował na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, składając wszystkie wskazane dokumenty, popełniając jednocześnie błąd w zakresie formy niektórych z tych dokumentów. W ocenie Izby

nieuprawnione jest twierdzenie, że było to działanie z zamiarem doprowadzenia do wykluczenia siebie z postępowania, w celu przymuszenia Zamawiającego do wyboru oferty mniej korzystnej. Okoliczności sprawy wskazują, że intencją wykonawcy było prawidłowe uzupełnienie dokumentów, o czym dodatkowo świadczy późniejsza próba ich przedstawienia we właściwej formie, a także wniesienie odwołania, w którym Odwołujący domaga się unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania.

W związku z powyższym zarzut dotyczący zatrzymania wadium należało uznać za zasadny, co jednak nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie miało i nie może mieć w niniejszej sprawie wpływu na wynik postępowania, Odwołujący został bowiem prawidłowo wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zatem okoliczność, że zatrzymanie wadium było nieuprawnione, nie może w żaden sposób zmienić wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym Izba nie mogła uwzględnić odwołania w tym zakresie i nakazać w wyroku dokonania zwrotu wadium na rzecz Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: