

Sygn. akt: KIO 1641/10

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 sierpnia 2010 r. przez **ALPINE Bau GmbH, Austria, 5071 Wals k. Salzburga, Alte Bundesstrasse 10** (adres do korespondencji: ALPINE Bau GmbH A-1 spółka jawna, ul. Mszańska 1A, 44-304 Wodzisław Śląski)

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jastrzębie Zdrój, 44-335 Jastrzębie Zdrój, Al. Piłsudskiego 60**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża ALPINE Bau GmbH, Austria, 5071 Wals k. Salzburga, Alte Bundesstrasse 10 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez ALPINE Bau GmbH, Austria, 5071 Wals k. Salzburga, Alte Bundesstrasse 10, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.**

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 Gliwicach**.

Skład orzekający Izby:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Jastrzębie Zdrój – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Budowę drogi głównej południowej na odcinku od DW933 – ul. Pszczyńska w Jastrzębiu Zdroju do węzła Autostrady A1 w Mszanie – etap I.*

W dniu 2 sierpnia 2010 r. wykonawca – ALPINE Bau GmbH wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego nie wystąpiły okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające zatrzymanie wadium.

Odwołujący wskazał, że nie został wezwany przez Zamawiającego do złożenia dokumentów, których brak stanowił następnie podstawę wykluczenia wykonawcy. Zamawiający bowiem pismem z 14 lipca 2010 r. wezwał do uzupełnienia oferty o dokumenty określone w pkt 9.3 SIWZ, a dotyczące podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się Odwołujący wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które to podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia. Pismem z dnia 30 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z powodu niezłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wspólników spółki cywilnej ELMAR jako podmiotu udostępniającego Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie.

Odwołujący podniósł, że wezwanie Zamawiającego nie odnosiło się do wspólników spółki cywilnej ELMAR, ponieważ Zamawiający żądał uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotów, które udostępniły Odwołującemu swój potencjał i które będą brały udział w realizacji części zamówienia. Natomiast wspólnicy spółki cywilnej ELMAR zostali przywołani przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2010r. jako podmiot udostępniający swoje doświadczenia, przy czym podmiot ten nie miał brać udziału w realizacji części zamówienia.

W ocenie Odwołującego nie wystąpiła przesłanka zatrzymania wadium, polegająca na niezłożeniu dokumentów lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący przedłożył bowiem wymagane przez Zamawiającego dokumenty również w odniesieniu do wspólników spółki cywilnej ELMAR, jednakże informacja z Krajowego Rejestru Karnego była nieaktualna. Zdaniem Odwołującego nie wystąpiła bierność wykonawcy wobec wezwania Zamawiającego, a tylko brak reakcji na to

wezwanie (niezłożenie żadnych dokumentów) uzasadnia zatrzymanie wadium. Odmienna interpretacja, nakazująca zatrzymanie wadium również w sytuacji złożenia dokumentów zawierających błędy, jest sprzeczna – w ocenie Odwoływającego – z celem przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jakim jest zapobieganie znikom wykonawców, a ponadto prowadzi do nieuzasadnionego zastosowania podwójnej sankcji wobec wykonawcy, który złożył dokumenty niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. wykluczenia z postępowania oraz zatrzymania wadium.

Ponadto Odwoływający podniósł, że nawet przy przyjęciu rozszerzonej interpretacji przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, wystąpiła okoliczność, zwalniająca wykonawcę z sankcji w postaci zatrzymania wadium, tj. brak zawinienia. Zdaniem Odwoływającego, przedłożenie nieaktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, co zostało udowodnione w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 2 lipca 2010 r. Odwoływający wskazał, że informacje z KRK potwierdzają stan rzeczy ujawniony w kartotece danej osoby na dzień wydania zaświadczenia, zatem niemożliwe było uzyskanie takiej informacji potwierdzającej niekaralność z datą wsteczną.

Odwoływający wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

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

Izba ustaliła, że Zamawiający, po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w dniu 30 czerwca 2010 r. wykluczył Odwoływającego z udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że złożone informacje z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczące współników spółki cywilnej ELMAR (podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia), potwierdzały niekaralność na dzień 4 maja 2006 r. Następnie, 2 lipca 2010 r. Zamawiający wezwał Odwoływającego do wyjaśnienia przyczyn niezłożenia prawidłowych dokumentów, a Odwoływający złożył odpowiedź pismem z dnia 5 lipca 2010 r., w którym wskazał na niemożliwość uzyskania informacji potwierdzającej niekaralność z datą wsteczną. Zamawiający w dniu 22 lipca 2010 r. podjął decyzję o zatrzymaniu wadium (w kwocie 2 mln zł), ze względu na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Bezsporne pomiędzy stronami jest to, że Odwoływający został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, ponieważ nie zakwestionował tej czynności Zamawiającego w ustawowym terminie, poprzez złożenie odwołania. Tym samym decyzja o wykluczeniu

stała się ostateczna, a Odwołujący formalnie przestał być podmiotem, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, zatem rozpatrywanie podnoszonych zarzutów dotyczących zatrzymania wadium w żaden sposób nie wpływa – nawet potencjalnie – na możliwość uzyskania przez Odwołującego tego zamówienia.

Odwołujący był zainteresowany uzyskaniem zamówienia (był jednym z wykonawców ubiegających się o jego udzielenie), niemniej jednak nie występuje żadna zależność pomiędzy czynnością Zamawiającego i szkodą wykonawcy a jego interesem w uzyskaniu zamówienia – ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie ma wpływu na sytuację Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Jednakże przyjmując nawet możliwie najszersze rozumienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujących legitymację podmiotową do wniesienia odwołania, to i tak należy dojść do wniosku, że zarzut dotyczący czynności zatrzymania wadium nie może być merytorycznie rozstrzygnięty przez Krajową Izbę Odwoławczą. Niezależnie bowiem od oceny kwestii interesu w uzyskaniu zamówienia i jego związku z czynnością Zamawiającego, ostatecznie przesądzającym o niemożliwości odwołania się od zatrzymania wadium jest fakt, że nie jest to czynność podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Już na podstawie przepisów obowiązujących przed nowelizacją z 2 grudnia 2009 r., w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalił się pogląd, że zatrzymanie wadium nie jest czynnością podejmowaną w postępowaniu i bezpośrednio z nim związaną, ponieważ ma charakter akcesoryjny, stanowi jedynie następstwo czynności wykluczenia wykonawcy (np. wyroki: KIO/UZP 877/09, KIO/UZP 424, 425, 426/09, KIO/UZP 1829/09).

W świetle obecnie obowiązujących przepisów, określających definicję legalną postępowania o udzielenie zamówienia, stanowisko to ma dodatkowe uzasadnienie w aspekcie ram czasowych postępowania. Wyeliminowane zostały bowiem pojawiające się wątpliwości co do momentu zakończenia postępowania, przepis art. 2 pkt 7a jednoznacznie przesądza o tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z chwilą osiągnięcia jego celu, tj. dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa (lub wynegocjowania postanowień tej umowy w przypadku trybu z wolnej ręki). Zatem – nawet abstrahując od akcesoryjnego charakteru zatrzymania wadium – czynność ta, dokonana po wyborze najkorzystniejszej oferty, nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie podlega więc zaskarżeniu w drodze odwołania. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy o Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy. W związku z powyższym Izba uznała, że nie została wypełniona materialnoprawna

przesłanka dająca możliwość merytorycznego odniesienia się do podniesionego w odwołaniu zarzutu.

Podkreślenia wymaga również, że nawet gdyby doszło do merytorycznego rozstrzygnięcia podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, odwołanie nie mogłoby zostać uwzględnione. Ochrona prawna na gruncie ustawy Pzp została przyznana wykonawcom wyłącznie w odniesieniu do czynności, których bezprawne dokonanie lub zaniechanie wpływa na wynik postępowania. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego będąca przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, tj. zatrzymanie wadium, przy jednoczesnym prawomocnym wykluczeniu wykonawcy z postępowania, nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik przetargu, zatem Izba nie miałaby podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu zwrotu wadium. Izba nie podzieliła przedstawionego w odwołaniu stanowiska, jakoby przepis art. 192 ust. 2 stał w sprzeczności z szeroko ukształtowaną legitymacją do wnoszenia odwołań i nie powinien być stosowany w sprawach o zatrzymanie wadium. Z przepisu tego jednoznacznie wynika wyraźny zamiar ustawodawcy ograniczenia uwzględniania odwołań tylko do sytuacji, w których naruszenie ustawy przekłada się na wynik postępowania, co jest uzasadnione względami systemowymi i funkcjonalnymi.

Należy więc stwierdzić, że zatrzymanie wadium nie jest czynnością, dla której ustawodawca przewidział możliwość korzystania z ochrony prawnej określonej w ustawie Pzp. Wykonawca kwestionujący zasadność tej czynności powinien poszukiwać ochrony w trybie powództwa cywilnego przed sądem powszechnym.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby:

.....