

Sygn. akt: KIO 2061/11

WYROK
z dnia 6 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**
 Izabela Niedziałek-Bujak
 Andrzej Niwicki

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawcę **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji - Biuro Finansów, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagania Obsługi Policji (SWOP)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07 czerwca 2011 pod numerem 2011/S 108-178323.

Odwołujący Sygnity S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania, polegającej na zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wadium w wysokości 300 000,00 zł, wniesionego przez Odwołującego w ww. postępowaniu (dla zadania nr 1). O dokonaniu tej czynności Odwołujący został poinformowany pismem z dnia 13.09.2011 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a w sytuacji zaistnienia przesłanki i okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 1 w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także naruszenie art. 46 ust. 4a w związku z uznaniem, że Odwołujący nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, oraz z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy w związku z uznaniem, że Odwołujący nie udowodnił, że niezuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności - oświadczenia woli o zatrzymaniu wadium i dokonanie zwrotu wadium Odwołującemu.

Zamawiający wymagał w treści SIWZ przedstawienia wykazu, zawierającego jako potwierdzenie warunku, informację, iż wykonawca wykonał usługę polegającą na wdrożeniu systemu klasy ERP, tj. aplikacji/modułów, dla podmiotu zatrudniającego (odpowiednio dla zadania nr 1) minimum 3 tys. pracowników. Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 22 lipca 2011 roku do złożenia wyjaśnień w zakresie ilości pracowników zatrudnianych przez podmiot, dla którego Odwołujący świadczył usługę. Na takie żądanie wyjaśnień, Odwołujący w dniu 26 lipca 2011 r. udzielił wyjaśnień dotyczących systemu: »Jednocześnie Sygnity, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnienia w zakresie wskazania liczby pracowników dla wyszczególnionego w Wykazie zrealizowanych zamówień (str. 10 oferty Sygnity) przedmiotu zamówienia tj. „Opracowanie i wdrożenie systemu wspomagającego zarządzanie personelem, finansami i logistyką”, wyjaśnia, iż wykazany w ofercie Sygnity SA System MAXeBiznes wspomagający zarządzanie personelem, finansami i logistyką to system, w

którym jest zarejestrowanych ponad 3000 pracowników (około 3500 rekordów w bazie dla osób rozliczanych przez system)«. W efekcie takich wyjaśnień, Zamawiający uznał, iż przedstawiona w ofercie usługa może nie spełniać warunku i w dniu 2 sierpnia 2011 r. zażądał uzupełnienia wykazu zrealizowanych zamówień dla podmiotu zatrudniającego minimum 3 tys. pracowników. Ponadto Zamawiający w piśmie wskazał, że żądanie to wysunął zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący w dniu 05 sierpnia 2011 roku przesłał własne oświadczenie dotyczące Uniwersytetu Zielonogórskiego potwierdzające, że podmiot ten »zatrudniał w sumie 3 tys. pracowników...«. Odwołujący przesłał równocześnie oświadczenie Uniwersytetu Zielonogórskiego, w którym zawarte zostało stwierdzenie »Uniwersytet Zielonogórski [...] potwierdza, że w sumie zatrudniał minimum 3 tys. pracowników i posiada system MAXeBiznes, w którym zarejestrowano ponad 3000 pracowników (około 3500 rekordów w bazie dla osób rozliczanych przez system)«. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione i bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, podkreślając, iż w ocenie Odwołującego uzupełnione dokumenty były wystarczające i prawidłowe. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 29 sierpnia 2011 roku oddaliła odwołanie. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. W dniu 06 września 2011 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o przedstawienie dowodu potwierdzającego, iż nieuzupełnienie wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie wynikało z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego. W dniu 09 września 2011 roku Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, co do których Zamawiający uznał, iż nie dają podstaw do uznania, że brak uzupełnienia dokumentów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wynikał z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego. Zamawiający w dniu 13 września 2011 roku poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium.

Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 roku. Wskazał, iż zgodnie z treścią art. 46 ust. 1 Ustawy, Zamawiający zwraca wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a, który umożliwia zatrzymanie wadium w związku z nieuzupełnieniem wymaganych dokumentów.

Odwołujący uznał więc, iż interpretując powyższy przepis należy dojść do przekonania, iż zatrzymanie wadium, o ile mogłoby nastąpić, może być dokonane przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, a najpóźniej w chwili złożenia oświadczenia o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. W sytuacji, gdy Zamawiający dokona czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, pozostali Wykonawcy powinni niezwłocznie otrzymać wadium, o ile nie otrzymali informacji o zatrzymaniu przez Zamawiającego wadium.

Zatem, zdaniem Odwołującego, z dniem dokonania rozstrzygnięcia postępowania, tj. w dniu 17.08.2011 r. wadia złożone przez wykonawców - z wyłączeniem wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą - wygasły z mocy prawa i powinny być zgodnie z treścią art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych niezwłocznie im zwrócone. Zaś zatrzymanie wadium, po tej dacie, a konkretnie w dniu 13.09.2011 r. jest niemożliwe i nieskuteczne, albowiem wadium w tym dniu nie istniało jako takie.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż ustawa - Prawo zamówień publicznych nie podaje definicji wadium. Uznał więc, iż dla określenia istoty tej instytucji konieczne jest posłużenie się definicją zawartą w art. 70 § 1 k.c, gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do uczestnictwa w przetargu lub aukcji. Poza sytuacją, gdy zwycięski uczestnik uchyla się od zawarcia umowy, zapłacone wadium podlega zwrotowi, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Zwrot wadium powinien nastąpić niezwłocznie, zaś zabezpieczenie wygasa z mocy prawa.

Odwołujący w odwołaniu podkreślał, iż uzupełnił dokumenty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 02.08.2011 r. Złożona w odpowiedzi treść pisma z dnia 05.08.2011r., zawierała oświadczenie Odwołującego, które dotyczyło ponownego przedstawienia zaproponowanego uprzednio w ofercie wykazu zrealizowanych zamówień, a ponadto oświadczenie Uniwersytetu Zielonogórskiego będące uzupełnieniem referencji złożonej w ofercie. Z treści uzupełnionego oświadczenia bezspornie wynika, iż podmiot ten w sumie zatrudniał 3 tys. pracowników i posiada system MAXeBiznes, w którym zarejestrowano ponad 3000 pracowników (około 3500 rekordów w bazie dla osób rozliczanych przez system). W ocenie Odwołującego, uzupełnione oświadczenie oraz referencje odnosiły się do ww. wykazu i stanowiły adekwatną odpowiedź na wezwanie Zamawiającego; odpowiadało na warunek postawiony w tym postępowaniu.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający na żadnym etapie poprzedzającym ocenę ofert, nie określił, w jakim okresie ww. podmiot powinien zatrudniać 3 tys. pracowników. W żadnym miejscu SIWZ lub wyjaśnieniach do SIWZ Zamawiający nie doprecyzował spornego wymogu. Odwołujący posiadał zatem przekonanie, iż wymóg ten nie musiał dotyczyć stanu zatrudnienia na dany dzień, ale mógł również dotyczyć zatrudnienia z okresu czasu przed terminem otwarcia ofert. Odwołujący uważał, iż nieuzasadnione było dointerpretowanie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert, a tym bardziej nałożenie sankcji w postaci zatrzymania wadium.

Odwołujący (z ostrożności procesowej) zaznaczył, iż zgodnie z przepisami art. 46 ust. 4a Ustawy, możliwość zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie wtedy, gdy spełnione są

kumulatywnie dwa warunki wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, wykonawca nie udowodnił, że niezłożenie dokumentów lub oświadczeń wynikało z innych przyczyn niż leżące po jego stronie.

Odwołujący wykazywał, iż niezłożenie wymaganych dokumentów, wynikało z innych przyczyn niż leżących po stronie Odwołującego, tj. było wynikiem samoistnego i nieuzasadnionego doprecyzowania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślał, iż pozostawał w przekonaniu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Uzupełnienie oświadczenia - referencji z uniwersytetu wynikało z ciągłego przekonania na temat rozumienia warunku. W ocenie Odwołującego, doprecyzowanie warunku na etapie oceny ofert, jest okolicznością niezależną od Odwołującego, co potwierdza brak przesłanki do zatrzymania wadium.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż podjął próbę i stosowne działania (czego dowodem była odpowiedź z dnia 05.08.2011r.) w celu uzupełnienia i potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Należyta staranność w tym zakresie nie może potwierdzać, że przyczyny nieuzupełnienia właściwych (w ocenie Zamawiającego) dokumentów leżały po stronie Odwołującego.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. Za niezasadne Izba uznała żądanie Zamawiającego odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy). Dokonując czynności, o których mowa w art. 46 ustawy, Zamawiający zobowiązany dokonał ich na podstawie przepisów ustawy i bez znaczenia pozostaje fakt, kiedy czynności te zostały dokonane. Ocena prawidłowości działań Zamawiającego dokonywana jest w świetle brzmienia przepisów ustawy nawet w przypadku, gdy ocenie podlegają czynności dokonane po wyborze oferty najkorzystniejszej i zawarciu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Czynność dokonana została na podstawie przepisów ustawy i Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku dokonania tej czynności. Zatem w sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołującemu przysługują środki ochrony prawnej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Zgodnie z artykułem 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu obydwie przesłanki wynikające z powyższego artykułu zostały spełnione. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawęża krąg podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej do podmiotów biorących udział w tym konkretnym postępowaniu (a także podmiotów ściśle w ustawie określonych) i których może dotyczyć każda czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Odwołujący ubiegał się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, był więc uczestnikiem niniejszego postępowania i dążył do uzyskania niniejszego zamówienia. Ponadto bez wątplenia Odwołujący mógłby ponieść szkodę w sytuacji, gdyby okazało się, iż Zamawiający naruszył art. 46 ust. 4a i bezpodstawnie zatrzymał wadium w wysokości 300000 złotych. Szkodą w takim przypadku byłby uszczerbek majątkowy Odwołującego w postaci bezpodstawnie zatrzymanej przez Zamawiającego kwoty 300000 zł.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotnych wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. A contrario, Izba nie może uwzględnić odwołania, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które nie miało wpływu na wynik postępowania. Należy zauważyć, że Odwołujący nie zaskarżył w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej lub na wykluczeniu Odwołującego. Zatem nie zaskarżył tych czynności Zamawiającego, które mogłyby stanowić o wyniku postępowania lub mieć na ten wynik istotny wpływ. Odwołujący zaskarżył jedynie czynność Zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, a więc tę czynność, która nie ma wpływu na wynik postępowania, jednak może doprowadzić do poniesienia szkody przez Odwołującego. W związku więc z faktem, że czynność Zamawiającego będąca przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, dotycząca zatrzymania wadium, nie ma wpływu na wynik postępowania, odwołanie należało oddalić.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego dotyczącego czasu, do którego Zamawiający ma prawo do dokonania czynności zatrzymania wadium. Przede wszystkim należy wskazać, że

do kwestii związanych z zatrzymaniem wadium nie mogą mieć zastosowania przepisy kodeksu cywilnego. Ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi bowiem *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego i przepisy kodeksu cywilnego mogą być stosowane do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jedynie posiłkowo.

W szczególności za nieprawidłowe uznać należy stanowisko Odwołującego, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie określona w art. 70⁴ § 2 kodeksu cywilnego zasada, iż zapłacone wadium podlega zwrotowi, a ustanowione zabezpieczenie wygasa, z wyjątkiem jedynej sytuacji, gdy zwycięski uczestnik uchyla się od zawarcia umowy. Ustawa Prawo zamówień publicznych zaś w art. 46 ust. 4a i ust. 5 jednoznacznie określa także inne sytuacje, gdy wadium nie podlega zwrotowi. Co więcej, ustawa Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość zatrzymania wadium wniesionego przez każdego wykonawcę, a nie tylko tego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i który uchyla się od zawarcia umowy z zamawiającym. Oznacza to, że ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie formy, wnoszenia, zwracania i zatrzymywania wadium stanowi kompleksową i całościową regulację, autonomiczną w stosunku do kodeksu cywilnego.

W zakresie zwrotu wadium, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają dokładnie terminu, w jakim wadium powinno zostać zwrócone. Ustawa stanowi jedynie, że zwrot ten powinien nastąpić niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym bardziej ustawa nie określa terminu, do którego Zamawiający ma prawo wadium zatrzymać.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie szereg okoliczności i czynności, których dokonał Zamawiający po wyborze oferty najkorzystniejszej (np. czynności Zamawiającego dotyczące wyjaśnienia okoliczności, czy niezłożenie przez Odwołującego dokumentów wynikało z przyczyn nie leżących po stronie Odwołującego) uzasadniają przesunięcie terminu podjęcia przez Zamawiającego decyzji o zatrzymaniu wadium. W świetle powyższego, trudno w tej sytuacji postawić Zamawiającemu zarzut, że decyzji o zatrzymaniu wadium nie podjął niezwłocznie. Trudno również zarzucić Zamawiającemu, iż naruszył którykolwiek z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, która nie określa terminu, w jakim Zamawiający może podjąć decyzję o zatrzymaniu wadium. Z istoty określenia „niezwłoczności” wynika, że pojęcie to jest niedookreślone, o płynnych granicach czasowych. Trudno wprowadzić ogólne kryteria pozwalające na ustalenie, czy Zamawiający podjął decyzję niezwłocznie, czy też z przekroczeniem tak określonego terminu. Ocena, czy Zamawiający podjął decyzję niezwłocznie powinna być w każdym przypadku dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy.

Podkreślenia wymaga, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji wygaśnięcia wadium. Nieuprawnione są więc twierdzenia Odwołującego, jakoby z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty, wygasła wniesiona wadia. Gdyby tak było, zbędna byłaby przewidziana w ustawie instytucja zwrotu wadium. Gdyby wadium z mocy prawa wygasło, Zamawiający nie miałby czego zwracać. Tymczasem ustawa jednoznacznie stanowi, że po wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający obowiązany jest zwrócić wadium.

Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium w sytuacji, kiedy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie złożył wymaganych dokumentów. Sankcja zatrzymania wadium nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca w wyniku uzupełnienia przedłożył dokumenty, które np. zawierają błąd lub które w wyniku oceny Zamawiającego nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W świetle literalnego brzmienia artykułu 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, jedynie niezłożenie dokumentów lub oświadczeń (a więc bierność wykonawcy) uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium. Zdaniem Izby, Zamawiający nie powinien zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty tudzież oświadczenia, a w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu - Odwołujący uzupełnił dokumenty, które pozwalały Zamawiającemu na ocenę, czy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Zatem nie zachodziła podstawa do zatrzymania przez Zamawiającego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba jedynie na marginesie nadmienia, iż w niniejszym postępowaniu Odwołujący aktywnie brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pozostając w przekonaniu, że złożone przez niego dokumenty są prawidłowe i potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący odpowiadał na wezwania do uzupełnienia dokumentów w terminach określonych przez Zamawiającego. Nie można więc Odwołującemu postawić zarzutu bierności w postępowaniu, nieodpowiadania na wezwania Zamawiającego, lub też uczestniczenia w znowie, a uregulowanie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zostało wprowadzone, jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu zapobiegania znowom wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....