

POSTANOWIENIE
z dnia 22 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Członkowie: Beata Konik
Piotr Kozłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 22 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu, Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” oraz „Ministerstwo”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Realizacja całodobowej obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych” (Numer referencyjny: R/045/22/DPO/G/245, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 142-406651.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

7 listopada 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” oraz „eService”) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechania Ministerstwa polegających na odrzuceniu ofert złożonych w Postępowaniu oraz unieważnieniu Postępowania w dniu 28 października 2022 r., przy jednoczesnym zaniechaniu odrzucenia oferty i wykluczeniu z Postępowania wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „PolCam” oraz „Spółka”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.”) w zw. z art. 5 k.c. poprzez bezzasadne zaaprobowanie wniosku PolCam o zwrot wadium wniesionego w Postępowaniu, podczas gdy wniosek ten był sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, miał na celu obejście przepisów Prawa zamówień publicznych i jako taki stanowił nadużycie prawa podmiotowego, bowiem PolCam złożył wniosek o zwrot wadium mimo skorzystania ze środka ochrony prawnej wniesionego w celu

eliminacji oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu, przy czym sam PolCam nie spełniał (i nie spełnia) warunków udziału w Postępowaniu, a złożony wniosek o zwrot wadium ma na celu jedynie uniemożliwienie Zamawiającemu dokonania kwalifikacji podmiotowej PolCam w Postępowaniu;

- 2) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez bezzasadne unieważnienie Postępowania, w sytuacji, w której złożony przez PolCam wniosek o zwrot wadium jest nieważny i stanowi nadużycie prawa podmiotowego, a ponadto oferta Odwołującego nie została jeszcze prawomocnie odrzucona;
- 3) art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy PolCam, podczas gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w punkcie 7.1.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) tj. posiadania statusu agenta rozliczeniowego w rozumieniu art. 2 pkt 1a) ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2360, dalej: „u.o.p.”), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Ministerstwo w Postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, dotyczące spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w punkcie 7.1.2 SWZ co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniosł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: „KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia ofert i unieważnienia Postępowania z dnia 28 października 2022 r.;
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu i odrzucenie oferty PolCam z uwagi na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz wykluczenie PolCam z Postępowania na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp;

- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W treści uzasadnienia zarzutów odwołania wykonawca eService wskazał, że w jego ocenie wnioski PolCam o zwrot wadium jest nieważny, wskutek skorzystania przez tego wykonawcę ze środka ochrony prawnej w celu podważenia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2022 r. o sygn. akt KIO 2636/22), która to czynność stała się następnie powodem złożenia tegoż wniosku. Odwołujący podkreślił, że wobec powyższego Zamawiający nie powinien był odrzucać oferty Polcam (a w konsekwencji unieważniać Postępowania), lecz dokonać kwalifikacji podmiotowej tego wykonawcy, a w jej efekcie dojść do wniosku – co już wcześniej zresztą uczynił – że PolCam nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu. Co więcej – zdaniem wykonawcy eService – PolCam powinien zostać wyeliminowany z Postępowania nie tylko z uwagi na fakt niespełniania warunków udziału w Postępowaniu, ale także wskutek wprowadzenia Ministerstwa w błąd co do tej okoliczności.

W ocenie Odwołującego zachowanie PolCam stanowi wypaczenie celu instytucji zwrotu wadium, a w konsekwencji nie zasługuje na ochronę. Według eService, nie sposób nie dostrzec, iż PolCam czekał ze złożeniem wniosku o zwrot wadium do momentu, gdy Krajowa Izba Odwoławcza wyda orzeczenie w przedmiocie wniesionego przez niego środka ochrony prawnej (sygn. akt KIO 2636/22). Odwołujący zaznaczył, że choć PolCam złożył wniosek o zwrot wadium w momencie, w którym oferta wykonawcy eService formalnie w dalszym ciągu pozostawała najkorzystniejszą w Postępowaniu, to wówczas było już oczywiste, że Zamawiający czynność tę unieważni – i uczyni to bezpośrednio wskutek skorzystania przez PolCam ze środka ochrony prawnej w odniesieniu do właśnie tej czynności.

eService podkreślił, że całokształt zachowania PolCam – tj. złożenie oferty w Postępowaniu mimo braku spełniania warunków udziału w nim, jedynie po to, by zakwestionować wybór oferty Odwołującego, a następnie złożenie wniosku o zwrot wadium, by spróbować uniknąć dokonania przez Zamawiającego oceny oferty Spółki, mając już świadomość odrzucenia oferty Odwołującego – jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, ma na celu obejście przepisów Prawa zamówień publicznych i nie zasługuje na ochronę.

Nadto eService wskazał, że skoro z jednej strony Zamawiający w dniu 21 października 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, a z drugiej PolCam nie złożył skutecznie wniosku o zwrot wadium w Postępowaniu, to Ministerstwo powinno przeprowadzić obecnie kwalifikację podmiotową w zakresie braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu w odniesieniu do Spółki. Odwołujący podniósł, że jak trafnie wskazywał sam Zamawiający w toku postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 2636/22, nie ulega wątpliwości, że PolCam tych warunków nie spełniał i nie spełnia. Spółka bowiem nie posiadała (i nadal nie posiada) statusu agenta rozliczeniowego w rozumieniu ustawy o usługach płatniczych, co było wymagane w pkt 7.1.2 SWZ w brzmieniu nadanym modyfikacją SWZ z 11 sierpnia 2022 r. i zostało wykazane w toku wskazanego powyżej postępowania odwoławczego. Odwołujący podkreślił, że PolCam składając ofertę musiał posiadać pełną świadomość, że nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, tj. nie posiada statusu agenta rozliczeniowego w rozumieniu art. 2 pkt 1a) u.o.p., a pomimo to potwierdził zapoznanie się z treścią SWZ, w tym m.in. spełnienie przedmiotowego warunku udziału, co bez wątpienia nie odpowiada stanowi rzeczywiście. Z tych względów w ocenie eService PolCam powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp lub ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

21 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

14 listopada 2022 r. PolCam zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego zainicjowanego wskutek odwołania wniesionego przez eService, wskazując, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Spółka podniosła, że choć jej oferta została odrzucona na skutek złożenia przez nią wniosku o zwrot wadium (tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), zaś samo Postępowanie zostało unieważnione przez Ministerstwo ze względu na to, że wszystkie oferty złożone w Postępowaniu podlegały odrzuceniu (tj. na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp), odwołanie wniesione przez eService zmierza do podważenia powyższych czynności Zamawiającego w celu wykluczenia PolCam z Postępowania ze względu na rzekome niespełnienie przez Spółkę warunków udziału w Postępowaniu oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd. W ocenie PolCam jego interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jest zatem oczywisty, gdyż dzięki przystąpieniu Spółka uzyska możliwość obrony przed zarzutami sformułowanymi przez Odwołującego, co w konsekwencji pozwoli jej uniknąć wykluczenia z rynku zamówień publicznych. PolCam podkreślił, że brak możliwości podjęcia skutecznej obrony narazi go na

wymierną szkodę finansową spowodowaną brakiem możliwości uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (w skrajnym przypadku nawet przez okres dwóch lat), w tym również w nowym postępowaniu dotyczącym przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego zgłaszającego przystąpienie Polcam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w związku z tym, że jak stanowi przepis art. 98 ust. 3 ustawy Pzp złożenie wniosku o zwrot wadium powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX. Mając na uwadze treść przywołanego przepisu, należy uznać, że ustawa Pzp wiąże ze złożeniem wniosku o zwrot wadium skutek w postaci rozwiązania stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, co stanowi swoiste zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia w stosunku wykonawca - zamawiający (zob. M. Stachowiak [w:] Dzierżanowski Włodzimierz i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX). PolCam składając w dniu 21 października 2022 r. wniosek o zwrot wadium wniesionego w Postępowaniu utracił zatem status wykonawcy, którego definicję legalną ustawodawca zawarł w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Stosownie natomiast do brzmienia przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania może zgłosić wykonawca, określając stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Powyższe wskazuje, że do przystąpienia do postępowania odwoławczego uprawnione są jedynie te podmioty, które w objętym odwołaniem postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w chwili składania zawiadomienia o przystąpieniu, są wykonawcami. W ocenie składu orzekającego nie może więc przystąpić do niniejszego postępowania odwoławczego podmiot, który status wykonawcy utracił na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek złożenia wniosku o zwrot wadium na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zasadnym jest bowiem podkreślenie, że krąg podmiotów posiadających status wykonawcy ulega zawężeniu wraz z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na etapie poprzedzającym składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie on faktycznie przysługiwał każdemu, kto z racji oferowania na rynku wykonania robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawy produktów bądź świadczenia usług, będzie potencjalnie zainteresowany postępowaniem, z kolei już po upływie terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie on przysługiwał wyłącznie tym, którzy

owe oferty lub wnioski złożyli (zob. P. W. [w:] G.B.A. i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX 2022). Podobnie podmiot, który wycofał złożoną ofertę przed upływem terminu składania ofert (art. 219 ust. 2 ustawy Pzp), również traci status wykonawcy i nie może zgłosić przystąpienia. W takiej sytuacji zamawiający nie otworzy wycofanej oferty podczas otwarcia ofert i w konsekwencji nie będzie jej badał w toku dalszego postępowania, gdyż wycofaną ofertę traktuje się jak nigdy nie złożoną. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 219 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca dopuścił możliwość wycofania oferty złożonej dotychczas, ale jedynie przed upływem terminu składania ofert. Wynika to z faktu, że wykonawca nie jest związany swoją ofertą do upływu terminu składania ofert, ale od dnia upływu tego terminu, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert (art. 220 ust. 1 ustawy Pzp). Niemniej jednak w ocenie składu orzekającego złożenie wniosku o zwrot wadium w sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a sam wykonawca rezygnuje z wnoszenia środków ochrony prawnej i dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia, może być także uznane za sposób wycofania oferty już po upływie terminu składania ofert. W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Pzp wskazano, iż cel regulacji zwrotu wadium na wniosek sprowadza się do stworzenia możliwości wcześniejszego zwrotu wadium wykonawcom, którzy – według własnej oceny – nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia i dlatego nie są zainteresowani dalszym uczestnictwem w postępowaniu (zob. *„Prawo zamówień publicznych”* - komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 337). W momencie złożenia wniosku o zwrot wadium z mocy prawa ulega zatem rozwiązaniu stosunek prawny z wykonawcą, który zyskuje możliwość szybszego odzyskania wadium zabezpieczającego ofertę. Wobec powyższego zasadnym jest przyjęcie, że od tego, czy dany podmiot wypełnia definicję wykonawcy zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, uzależniony jest – na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia – zakres jego uprawnień, w tym np. odnoszący się do skutecznego wnoszenia odwołania czy zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy oraz wskazane okoliczności prawne Izba uznała, że PolCam stracił status wykonawcy i w konsekwencji utracił możliwość skutecznego stania się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron

złożone w pismach procesowych, jak też podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron skład orzekający postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wyrokiem z dnia 20 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2636/22 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie PolCam wniesione w dniu 5 października 2022 r. w zakresie zarzutu nr 1 oraz części zarzutu nr 3 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Następnie w dniu 21 października 2022 r. PolCam złożył wniosek o zwrot wadium wniesionego w Postępowaniu powołując się na art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. W treści przedmiotowego pisma PolCam wskazał, że w związku z tym, iż wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie nie został unieważniony i pozostaje w mocy, powyższe czyni niniejszy wniosek dopuszczalnym i uzasadnionym.

Mając na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2636/22, 24 października 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanego w dniu 26 września 2022 r. tj. wyboru oferty wskazanego powyżej konsorcjum (pismo datowane na dzień 21 października 2022 r.).

28 października 2022 r. Ministerstwo zawiadomiło o odrzuceniu ofert złożonych w Postępowaniu tj.: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 8 ustawy Pzp oraz oferty PolCam - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, a w konsekwencji o unieważnieniu Postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp „Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy: (...) 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (...)”.

Stosownie do brzmienia przepisu art. 98 ust. 3 ustawy Pzp „Złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX”.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy bądź nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie natomiast z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w sytuacji stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Mając na uwadze powyższe oraz podtrzymując w pełni argumentację przedstawioną odnośnie braku możliwości skutecznego przystąpienia PolCam do niniejszego postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że skoro w momencie złożenia przez Spółkę wniosku o zwrot wadium nastąpiło rozwiązanie stosunku prawnego zamawiający - wykonawca w Postępowaniu i tym samym PolCam z mocy prawa utracił status wykonawcy w Postępowaniu oraz uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX ustawy Pzp, dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w tej sprawie stało się niedopuszczalne.

Należy bowiem podkreślić, że zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 98 ust. 3 ustawy Pzp już sama czynność złożenia przez wykonawcę wniosku o zwrot wadium powoduje rozwiązanie z nim stosunku prawnego wraz z utratą prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX. Złożenie wniosku na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powoduje natomiast odrzucenie oferty wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zasadnym jest zatem przyjęcie, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy PolCam mając pełną świadomość rozwiązania z nim stosunku prawnego i odrzucenia jego oferty z Postępowania – czemu dał wyraz w piśmie z dnia 21 października 2022 r. – zrezygnował z dalszego udziału w Postępowaniu. Wobec powyższego w ocenie Izby przywrócenie do Postępowania – zgodnie z żądaniem eService zawartym we

wniesionym odwołaniu – podmiotu, który z mocy prawa utracił status wykonawcy, należy uznać za niedopuszczalne. Wymaga podkreślenia, że ustawodawca określił dwie podstawowe zasady zwrotu wadium tj.: zwrot wadium po spełnieniu się przesłanek wskazanych enumeratywnie w przepisie art. 98 ust. 1 ustawy Pzp bez wniosku wykonawcy oraz zwrot wadium na wniosek wykonawcy w przypadkach, o których mowa w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, w tym m.in. po wyborze najkorzystniejszej oferty, o ile wniosek nie zostanie złożony przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Należy podkreślić, że w przepisach ustawy Pzp nie wskazano żadnego maksymalnego terminu na złożenie przez wykonawcę wniosku w przedmiocie zwrotu wadium. Przepis art. 98 ust. 2 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy wcześniejsze odzyskanie wadium niż przewiduje to art. 98 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli wykonawca taki nie jest już zainteresowany dalszym udziałem w postępowaniu, a tym samym ubieganiem się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawca, który złożył wniosek o zwrot wadium przestaje być z mocy prawa uczestnikiem postępowania i rezygnuje z prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX, a zatem do skutecznego podważania ewentualnych dalszych czynności dokonanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznawanej sprawie doszło właśnie do takiej sytuacji, gdyż PolCam złożył wniosek o zwrot wadium na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w dniu 21 października 2022 r. tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy eService (Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 września 2022 r. dopiero w dniu 24 października 2022 r.) w konsekwencji czego z mocy prawa doszło do rozwiązania stosunku prawnego między Zamawiającym a PolCam, na skutek czego PolCam utracił status wykonawcy w Postępowaniu. PolCam skorzystał zatem z ustawowego uprawnienia do wcześniejszego zwrotu wadium, i w tym kontekście – wbrew twierdzeniom Odwołującego – bez znaczenia stają się powody, dla których Spółka złożyła wniosek o zwrot wadium.

Nadto zasadnym jest zauważenie, że podstawowym zarzutem odwołania eService, którego ewentualne uwzględnienie miałoby zmierzać do rozpoznania dalszych zarzutów odwołania oraz doprowadzenia do przywrócenia oferty wykonawcy PolCam do Postępowania i w konsekwencji do jego wykluczenia, ponownego odrzucenia jego oferty i w końcu do powtórnego unieważnienia Postępowania, jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. dotyczący bezzasadnego zaaprobowania wniosku PolCam o zwrot wadium wniesionego w Postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że odwołanie *de facto* sprowadza się do zakwestionowania czynności wykonawcy tj. złożenia wniosku o zwrot wadium, której skutkiem było odrzucenie oferty PolCam i

unieważnienie Postępowania. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że – jak stanowi przepis art. 513 ustawy Pzp – odwołanie przysługuje na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także na zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie przepisów ustawy Pzp pomimo takiego obowiązku. Mając na uwadze treść komentowanego przepisu zasadnym jest przyjęcie, że Izba rozpoznając odwołanie bada czynności i zaniechania zamawiającego. Dyspozycją przepisu art. 513 ustawy Pzp nie zostały jednak objęte czynności dokonane przez wykonawcę. Nadto należy zauważyć, że wobec faktu złożenia przez wykonawcę wniosku o zwrot wadium na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający nie jest zobowiązany do badania takiego wniosku, a jedynie – w przypadku zaistnienia przesłanki, o której mowa w przytoczonym przepisie – do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz zwrotu wadium zgodnie z art. 98 ust. 4 lub ust. 5 ustawy Pzp. Żaden przepis ustawy Pzp nie obliuguje bowiem zamawiającego do ustalania przyczyn złożenia wniosku o zwrot wadium, a tym samym brak jest regulacji, które ograniczałyby uprawnienie wykonawcy do wcześniejszego otrzymania wadium niż wynika to z przepisu art. 98 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji rezygnacji z dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego po wyborze oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo zwrócić należy uwagę, że zgodnie z treścią przepisu art. 98 ust. 3 ustawy Pzp już samo złożenie wniosku powoduje skutek w postaci rozwiązania stosunku prawnego między zamawiającym i wykonawcą. Wobec powyższego w ocenie Izby również z tego względu nieistotne są powody złożenia przez PolCam wniosku o zwrot wadium, gdyż nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie została spełniona przesłanka, o której mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika bowiem, że w pierwszej kolejności 21 października 2022 r. został złożony wniosek PolCam o zwrot wadium, a następnie w dniu 24 października 2022 r. Ministerstwo przekazało informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego. Należy podkreślić, że choć pismo pt. *„Informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej”* datowane jest na dzień 21 października 2022 r. i zostało podpisane przez Zamawiającego w tym samym dniu, jednak po złożeniu przez PolCam wniosku na podstawie art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, liczy się moment uzewnętrznienia tej informacji, a więc dzień, w którym Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w Postępowaniu o dokonaniu wyżej wymienionej czynności. Bez wątpienia zatem zgodnie z chronologią zdarzeń wniosek o zwrot wadium został złożony przed unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 września 2022 r., co zresztą dostrzegł sam Odwołujący w treści odwołania, wskazując, że PolCam zdażył złożyć rzeczony wniosek w momencie, w którym oferta eService formalnie w dalszym ciągu pozostawała najkorzystniejszą w

Postępowaniu. Wobec tego twierdzenia Odwołującego, iż złożenie przez PolCam wniosku o zwrot wadium miało na celu obejście przepisów ustawy Pzp należy uznać za całkowicie nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że w niniejszym postępowaniu odwoławczym wykonawca eService *de facto* nie dążył do uzyskania zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, ale do unieważnienia Postępowania. Jednocześnie Odwołujący w treści odwołania zadeklarował, że w dalszym ciągu zamierza złożyć skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2022 r. o sygn. akt KIO 2636/22 tj. bronić stanowiska, iż jego oferta nie podlegała odrzuceniu, a zatem – jak podkreślił eService – nie istniałaby podstawa do unieważnienia Postępowania. W ocenie składu orzekającego okoliczności te dodatkowo uczyniły niniejsze postępowanie bezprzedmiotowym.

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 2 w zw. z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron uznając, że dalsze prowadzenie postępowania w niniejszej sprawie stało się niedopuszczalne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 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) nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:
Członkowie:
.....