

Sygn. akt: KIO 1476/18

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Impekstir Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kaliszu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Remontów i Konserwacji Dróg z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impekstir Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kaliszu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impekstir Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kaliszu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 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

Zakład Remontów i Konserwacji Dróg z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kamiennych wyrobów budowlanych. Postępowanie to prowadzone było na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2018 r. pod pozycją 2018/S 065-144334.

W dniu 26 lipca 2018 r. wykonawca Impekstir Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego zatrzymania wadium, oraz nieprecyzyjnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków dokumentacji. Powyższe czynności i zaniechania stanowią, w ocenie Odwołującego, naruszenie przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 1, 2f, 3 i 6 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał na zaistniały w sprawie stan faktyczny. Odwołujący podał, że w ramach procedury przetargowej, wykonawca złożył dokumentację i uiścił wadium w kwocie 10 000 zł. Zamawiający stwierdził braki w dokumentacji przedłożonej przez Odwołującego i pismem z dnia 18 maja 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia:

- informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnoszących się do podmiotów reprezentujących Odwołującego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp,
- odpisu i CEIDG lub właściwego rejestru poświadczającego brak podstaw do wykluczenia z ubiegania się o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp,
- oświadczeń o niezaleganiu z należnościami publicznoprawnymi i braku orzeczenia wobec niego środka zapobiegawczego w postaci zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne,
- referencji w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- informacji dotyczących parametrów i właściwości oferowanych wyrobów w celu potwierdzenia, że oferowane wyroby odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

Z uwagi na obszerność dokumentacji, do uzupełnienia której został zobligowany wykonawca, pismem z dnia 28 maja 2018 r. Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu do wykonania zobowiązania, zaś Zamawiający przedłużył ten termin do dnia 4 czerwca 2018 r.

Po uzupełnieniu przez Odwołującego dokumentacji w wyznaczonym terminie, Zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2018 r. ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia braków w postaci informacji z KRK dotyczącej komplementariusza wykonawcy oraz dokumentów potwierdzających wytrzymałość oferowanego surowca, celem potwierdzenia spełniania wymagań Zamawiającego, w terminie do dnia 11 czerwca 2018 r. Wykonawca dołożył starań, by wypełnić zobowiązanie Zamawiającego i przedłożył dokumentację potwierdzającą spełnienie wymagań w terminie. W odpowiedzi, pismem z dnia 13 lipca 2018 r. doręczonym za pośrednictwem poczty elektronicznej, Zamawiający poinformował o zatrzymaniu wadium z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów wskazanych w piśmie z dnia 6 czerwca 2018 r. Jak wskazał Odwołujący, stosownie do pisma z 13 lipca 2018 r., podstawą zatrzymania wadium było nieprzedłożenie zaświadczenia KRK dla komplementariusza Wykonawcy Impekstir Sp. z o.o. oraz omyłki w potwierdzeniu spełnienia wymagań Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie brak było podstaw do zatrzymania przez Zamawiającego wadium. Stosownie bowiem do art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z procedury przetargowej i spełnianie wymagań Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę na dyspozycję art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub

dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Jak zauważył Odwołujący, w myśl art 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył 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. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca nie jest przy tym zobowiązany do złożenia wymienionych oświadczeń lub dokumentów, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych. Odwołujący wskazał również na art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, na podstawie którego zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył żądanych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności wyłącznie z przyczyn leżących po jego stronie, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrażany w doktrynie pogląd, że sankcja zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp powinna znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku zawinionego, celowego nieuzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na żądanie zamawiającego, tj. w razie fizycznego braku dokumentów. Wszelkie inne sytuacje, takie jak opóźnienie, niedbałość, nie powinny rodzić konsekwencji. Odwołujący przywołał również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt II CSK 448/12. Jak podkreślił Odwołujący, nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, będzie uzasadniało zastosowanie tego przepisu. Ocenie w kontekście zawinienia muszą podlegać wszystkie okoliczności wskazane przez wykonawcę oraz związane z czasem opóźnienia i wpływem na przebieg postępowania przetargowego. Uznaje się więc, jak zaznaczył Odwołujący, że ze względu na wysoką sankcyjność i restrykcyjność art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jego ścisła interpretacja w przypadku uzupełnienia dokumentu w sposób nieprawidłowy powinna uwzględniać okoliczności, które na to wadliwe uzupełnienie wpłynęły, takie jak nieprawidłowe lub niejasne wezwanie, niemożność zdobycia dokumentu, źle zrozumiany warunek, które to okoliczności

uznaje się za przyczyny tego, że wykonawca nie mógł dokumentu uzupełnić prawidłowo.

Zdaniem Odwołującego, zasadny jest wniosek, że w piśmie wzywającym z dnia 6 czerwca 2018 r. Zamawiający nieprecyzyjnie określił dokument KRK, do złożenia którego zobligowany był wykonawca. Zamawiający wskazał bowiem, że domaga się przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej Komplementariusza wykonawcy – Impekstir sp. z o.o. Jak zaś wynika z zasad reprezentacji określonych w kodeksie spółek handlowych, za komplementariusza spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej działa organ powołany do reprezentacji spółki z o.o., w tym wypadku Prezes Zarządu P. I. . Co więcej, jak podał Odwołujący, wymieniając dokumenty poświadczające brak podstaw do wykluczenia, ustawa Pzp wyraźnie różnicuje osobę komplementariusza spółki komandytowej od podmiotu zbiorowego, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Z kolei ustawa o krajowym rejestrze karnym różnicuje zakres udzielanych informacji o osobach i o podmiotach innych niż osoby fizyczne, czyli podmiotach zbiorowych. Wobec braku wyraźnego odniesienia się w wezwaniu do konieczności przedłożenia zaświadczenia z KRK o podmiocie zbiorowym, oraz faktu, iż w imieniu komplementariusza wykonawcy – Impekstir sp. z o.o. działał zawsze P. I. , wykonawca przedłożył Zamawiającemu zaświadczenie z KRK dotyczące P. I. .

Odwołujący stwierdził, że dopiero po zatrzymaniu wadium Odwołujący powziął wiadomość, że faktycznie żądanym przez Zamawiającego dokumentem było zaświadczenie z KRK odnośnie Impekstir sp. z o.o. jako podmiotu zbiorowego. Zatem, jak uznał Odwołujący, to nieprecyzyjne wezwanie Zamawiającego przyczyniło się do omyłki wykonawcy. Odwołujący podniósł, że gdyby Zamawiający dokładnie określił, jakiego dokumentu żąda, wykonawca przedłożyłby stosowne zaświadczenie bez zbędnej zwłoki. Odwołujący zaznaczył, że zawsze sumiennie wywiązywał się z zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego. Stanowisko powyższe, jak zauważył Odwołujący, wpisuje się w ten nurt orzecznictwa, zgodnie z którym badaniu *in casu* podlega zachowanie wykonawcy, a przypisanie mu zawinienia uzasadnione jest w przypadkach bierności, umyślności, celowości działania oraz nasilenia złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu Zamawiającego. Odwołujący przywołał również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca

2011 r., sygn. akt II CSK 675/10.

Odwołujący zaznaczył, że wezwanie z dnia 6 czerwca 2018 r. było drugim wezwaniem w sprawie. Nie sposób zatem, w opinii Odwołującego, przychylić się do wykładni art. 25 ustawy Pzp, zgodnie z którą procedura wzywania do usunięcia braków została wyczerpana, a zatem Zamawiający nie mógł wezwać wykonawcy do ponownego uzupełnienia dokumentacji. Odwołujący wskazał na dyspozycję art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, wykonawca nie powinien być zobowiązany do przedłożenia zaświadczenia z KRK, skoro na mocy art. 26 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 9 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, uzyskanie informacji z KRK przez Zamawiającego jest bezpłatne.

Odnosnie drugiej ze wskazanych przez Zamawiającego podstaw zatrzymania wadium, tj. niepotwierdzenia, iż oferowane wyroby spełniają wymagania Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że stosownie do specyfikacji, Zamawiający oczekiwał dostawy wyrobów o wytrzymałości na ściskanie rzędu 176 MPa. W przedłożonym w terminie formularzu deklaracji właściwości użytkowych nr 06/05/218 na stronie 1 rubryka 5 wykonawca wskazał pożądaną wytrzymałość na ściskanie 176 MPa. Z kolei w pozostałych deklaracjach nr 01/05/218, 02/05/218, 03/05/218, 04/05/218, 05/05/218 rubryka „Dodatkowe charakterystyki”, na skutek omyłki pisarskiej, wykonawca wskazał, że wytrzymałość na ściskanie wynosi 174 MPa. Zdaniem Odwołującego, przy dokonywaniu wykładni oświadczeń na formularzu powinno być oczywiste, że ubiegając się o udzielenie zamówienia, zamiarem wykonawcy było jedynie potwierdzenie spełniania wymogów, a nie zanegowanie tego faktu. Tym bardziej, jak zauważył Odwołujący, że w deklaracji właściwości użytkowych nr 06/05/218 na stronie 1 rubryka 5, wykonawca wskazał prawidłową wartość. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, ww. drobna sprzeczność między deklaracją nr 06/05/218 a pozostałymi formularzami nie może prowadzić do interpretacji o zadeklarowaniu wytrzymałości rzędu 174 MPa.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo, iż może on nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium. Odwołujący wskazał także na wyrok Sądu Najwyższego o sygn. akt. I CSK 422/12, w którym

Sąd przyjął, że *ratio legis* art. 46 ust. 4a ustawy Pzp polega wyłącznie na zapobieganiu znikom wykonawców. W przedmiotowej sprawie, jak stwierdził Odwołujący, w żadnym wypadku nie można mówić o znowie wykonawców, w szczególności przy udziale Odwołującego, któremu bardzo zależy na udzieleniu zamówienia i który starannie wykonywał zobowiązania.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw do zatrzymania wadium, gdyż nieprzedłożenie dokumentów w terminie wynikało z nieprecyzyjnych żądań Zamawiającego, zaś omyłka, jakiej dopuścił się Odwołujący w deklaracji ma charakter drobnej oczywistej omyłki, która nie może wpłynąć na poprawną interpretację oświadczenia.

Odwołujący wniósł o zwrot zatrzymanego wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że niesporny jest stan faktyczny przedmiotowej sprawy. Przedmiotem sporu jest natomiast ocena skutków nieuzupełnienia przez Odwołującego dokumentów na wezwanie Zamawiającego, a ściśle – ocena możliwości zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w sytuacji zaistniałej w postępowaniu.

Izba miała na uwadze, że warunkiem *sine qua non* uwzględnienia odwołania jest wypełnienie przez Odwołującego materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia co najmniej pierwszej ze wskazanych przesłanek.

Podkreślenia wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celem jest uzyskanie zamówienia. W konsekwencji, musi być ono traktowane jako przejaw zainteresowania ze strony danego wykonawcy wybraniem złożonej przez tego wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem odwołanie złożone przez Odwołującego w żadnej mierze nie dążyło do przywrócenia Odwołującego do postępowania, a jedynie do zwrotu zatrzymanego wadium. Odwołujący nie zakwestionował czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania czy odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący podniósł co prawda zarzut niezgodnego z przepisami ustawy Pzp działania Zamawiającego przez nieprecyzyjne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, jednak uczynił to jedynie w kontekście wykazania niezasadności zatrzymania wadium przez Zamawiającego. Odwołujący nie dochował przy tym terminu na wniesienie odwołania wobec czynności nieprecyzyjnego wezwania. Odwołujący nie ubiegał się o uznanie skuteczności dokonanego przez Odwołującego uzupełnienia dokumentów, o ponowienie wezwania do uzupełnienia dokumentów czy o wybór złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej. Wnioski Odwołującego dotyczyły jedynie zwrotu zatrzymanego wadium.

W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp brak jest podstaw, aby przyjąć, że wykonawca wykluczony z postępowania, który nie kwestionuje swojego wykluczenia i nie jest zainteresowany dalszym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie dąży do odzyskania wadium, miał interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w ww. przepisie, wykazanie którego warunkuje możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania.

Braku możliwości uwzględnienia odwołania należy również poszukiwać w przepisie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowanie postanowień takiej umowy. Czynność zatrzymania przez

Zamawiającego wadium nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty, a więc nie wpływa na wynik postępowania w powyższym rozumieniu (patrz: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt IV CSK 291/13).

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :