

WYROK
z dnia 11 września 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2012 roku przez wykonawcę **Cenrex Sp. z o.o., 00 – 952 Warszawa, ul. Podwale 23** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową 4226, 04 – 470 Warszawa, ul. Marsa 110**

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Cenrex Sp. z o.o., 00 – 952 Warszawa, ul. Podwale 23, i**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Cenrex Sp. z o.o., 00 – 952 Warszawa, ul. Podwale 23** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Cenrex Sp. z o.o., 00 – 952 Warszawa, ul. Podwale 23** na rzecz **Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej 4226, 04 – 470 Warszawa, ul. Marsa 110** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa Nr 4226 w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: „Dostawa części zamiennych do pojazdów gąsienicowych, niezbędnych do remontu konserwacyjnego do BWP-1 i wyposażenie do BWP-1”.

W dniu 27 sierpnia 2012 r., zamawiający wezwał gwaranta wykonawcy Cenrex Sp. z o. o. do zapłaty kwoty 46.000,00 zł z tytułu zatrzymania wadium.

Wobec powyższej czynności w dniu 31 sierpnia 2012 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Cenrex Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 1113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp”] poprzez zatrzymanie wniesionego wadium. Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wezwania do zapłaty z dnia 27 sierpnia 2012 r. W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przesłał zgodnie z żądaniem nowy wykaz wykonanych dostaw oraz wyjaśnienie odnośnie załączonych referencji. W ocenie odwołującego, zamawiający nie ma podstaw do zatrzymania wadium, gdyż złożył on stosowne dokumenty jak również złożył wyjaśnienia. Zdaniem odwołującego sankcja zatrzymania wadium ma zastosowanie w przypadku „fizycznego” braku dokumentu a nie w sytuacji uznania przez zamawiającego, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa Nr 4226 w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa części zamiennych do pojazdów gąsienicowych, niezbędnych do remontu konserwacyjnego do BWP-1 i wyposażenie do BWP-1”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 kwietnia 2012 r., pod numerem 2012/S 82-134396.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału V pkt. 1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także jako „SIWZ], w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający

wymagał wykazania się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedną dostawą odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Wraz z wykazem dostaw wykonawcy zobowiązani byli do złożenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wartość każdej pojedynczej dostawy winna być nie mniejsza niż: na zadanie 1 – 18 000 zł; na zadanie 2 – 12 000 zł; na zadanie 3 – 23 000 zł; na zadanie 4 – 27 000 zł; na zadanie 5 – 27 000 zł; na zadanie 6 - 36 000 zł; na zadanie 7 – 27 000 zł; na zadanie 8 – 20 000 zł; na zadanie 9 – 26 000 zł; na zadanie 10 – 19 000 zł; na zadanie 11 – 31 000 zł; na zadanie 12 – 22 000 zł; na zadanie 13 – 30 000 zł; na zadanie 14 86 000 zł; na zadanie 15 – 125 000 zł; na zadanie 16 – 89 000 zł; na zadanie 17 – 45 000 zł; na zadanie 18 – 33 000 zł; na zadanie 19 – 33 000 zł; na zadanie 20 – 33 000 zł; na zadanie 21 – 33 000 zł; na zadanie 22 – 33 000 zł; na zadanie 23 – 890 000 zł; na zadanie 24 – 1 000 000 zł. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż w przypadku składania ofert na kilka części jednocześnie, w przypadku posługiwania się jedną dostawą, wartość tej dostawy winna być nie mniejsza niż łączna wartość części (zadań), na które wykonawca składa ofertę.

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę na zadania 1-7 oraz 9-23 złożył m.in. wykonawca Cenrex Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę Cenrex Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów w postaci wykazu dostaw na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, iż z załączonych do oferty (na stronach 13 i 14) referencji wynika, że wskazane w nich dostawy nie zostały wykonane.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Cenrex Sp. z o. o. w piśmie z dnia 9 sierpnia 2012 r. wyjaśnił, iż przedłożone referencje załączone do oferty, odnoszą się do zrealizowanych umów w ciągu ostatnich trzech lat na kwotę wynoszącą łącznie 2.308.979,79 zł. Nie obejmują one części umów, które nie zostały zrealizowane. Sytuacja tak przewidziana została postanowieniami umów i obciążona właściwymi karami umownymi. Wykonawca stwierdził, iż z listów referencyjnych wynika również rodzaj dostarczonego sprzętu, okres wykonania zamówienia oraz kto był odbiorcą sprzętu, zatem wykazał się on dokumentami wymaganymi przez zamawiającego w SIWZ oraz potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.2 SIWZ. Jednocześnie wykonawca czyniąc zadość wezwaniu załączył do pisma „wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich trzech lat”.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w poszczególnych zadaniach. Tym samym pismem zamawiający

poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykluczył z postępowania m.in. wykonawcę Cenrex Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. W uzasadnieniu wykluczenia wskazał, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w SIWZ (rozdz. V pkt 1.2). Podniósł, iż wykonawca w określonym terminie nie uzupełnił brakujących dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Odwołującego oraz treść uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp

W pierwszej kolejności za postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r., (sygn. akt V CSK 456/09) należy wskazać, iż wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w konsekwencji przyjąć, że wykonawcy przysługują środki prawne określone w ustawie Pzp.

Co do kwestii zatrzymania wadium przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie istniały podstawy do zatrzymania Odwołującemu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wykonawcy wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przepis ten wskazuje, że obowiązek istniejący po stronie podmiotu zamawiającego, zatrzymania wadium wykonawcy rodzi się po wypełnieniu określonych przesłanek. Pierwsza z nich to nieuzupełnienie przez wykonawcę, na skutek wezwania zamawiającego skierowanego do niego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, określonych dokumentów, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub

dokumentów, które potwierdzają, że określone dostawy, usługi czy roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia spełniają wymogi zamawiającego, jak również niezuzupełnianie wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych pełnomocnictw. Druga z przesłanek wskazuje na konieczność zatrzymania wadium, jeśli – *a contrario* – wykonawca nie udowodni zamawiającemu, że niezuzupełnienie wskazanych dokumentów nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie. Określone przez ustawodawcę przesłanki zatrzymania wadium odnoszą się zatem do fizycznego niezuzupełniania określonych dokumentów na wezwanie zamawiającego oraz na ciężar dowodowy nałożony tym przepisem na wykonawcę wykazania ewentualnych sytuacji, które - niezależne od wykonawcy - usprawiedliwiłyby nieuzupełnienie tych dokumentów przez wykonawcę, ze wskazaniem na przyczyny obiektywne, zewnętrzne i niezależne od wykonawcy. Przywołany przepis z pewnością nie przewiduje możliwości zatrzymania wadium wykonawcy, jeśli tylko dany wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu, tylko uzależnia powyższe od nieprzedłożenia dokumentów odnoszących się m.in. do spełniania tych warunków. Przepis ten – jak powszechnie wskazuje się w orzecznictwie – wywołuje nadto restrykcyjne skutki dla przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też powinien być stosowany ściśle i z rozwagą, a także z uwzględnieniem celu, dla którego został on powołany do życia w 2008 r. Tym celem było zapobieganie znikom cenowym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, kiedy niezuzupełnienie dokumentów na żądanie zamawiającego dawało szansę wykonawcom uczestniczącym w takiej procedurze na manipulację ważnością swoich ofert, pod kątem uzyskania zamówienia przez tego wykonawcę, który ma szansę na uzyskanie zamówienia z najwyższą ceną ofertową.

Odnosząc się do ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, należy wskazać, iż w niniejszej sprawie nie wystąpiła żadna z przesłanek o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp. Należy wyraźnie zaznaczyć, że odwołujący się w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wraz z pismem z dnia 9 sierpnia 2012 r., złożył do zamawiającego dokument do uzupełnienia, którego wzywał go zamawiający w piśmie z dnia 6 sierpnia 2012 r., tj. wykaz wykonanych dostaw (zgodnie z postanowieniami rozdz. V, pkt 1.2. SIWZ). Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, iż złożenie wykazu wykonanych dostaw było wyłącznie działaniem pozornym, gdyż wykaz ten w pełni odpowiadał wymogom zamawiającego postawionym w SIWZ. O słuszności stanowiska zamawiającego nie może przesądzać wskazywany przez niego wyłącznie fakt, iż w ramach jednej z części odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, a w innych na drugiej pozycji, przy braku jakichkolwiek innych dowodów za takim stanowiskiem przemawiających. Należy również wskazać na niespójność stanowiska zamawiającego. W uzasadnieniu wykluczenia odwołującego podniósł, iż nie uzupełnił on brakujących dokumentów natomiast na rozprawie nie kwestionował on faktu

złożenia wykazu dostaw a jedynie wskazywał na pozorność tego uzupełnienia. Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., (sygn akt. II CSK 675/2010) należy wskazać, iż „(...) Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, gdy - jak w niniejszej sprawie - przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem, zamiast w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. O istnieniu ryzyka zmowy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia. Odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych (*exceptiones non sunt extentendae*) o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a u.p.z.p.”.

Reasumując, w ocenie Izby, złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, (co miało miejsce w niniejszej sprawie) lub zawierają błędy nie wyczerpuje ustawowej przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Podkreślić należy, iż przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do nieuprawnionej rozszerzającej wykładni przesłanek zatrzymania wadium, na co nie pozwala charakter normy prawnej wyrażonej w art. 46 ust. 4 a Pzp. Z uwagi na powyższe, stosując wykładnię językową przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo, że taki dokument może - w ocenie zamawiającego - nie potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zastosowania art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Potwierdzenie zarzutu niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych zatrzymania wadium pozbawione jest wpływu na wynik postępowania - wybór oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów przez zamawiającego nie może zatem przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p.,
tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: