

Sygn. akt: KIO 1806/12

**WYROK**  
z dnia 5 września 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 września 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **24 sierpnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **A..... W..... Centrum Usług Terenowych Agro Aranżacje, ul. Mohna 71A/23, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Nadleśnictwo Tuszyma, Tuszyma 147, 39-321 Tuszyma**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego A..... W..... Centrum Usług Terenowych Agro Aranżacje, ul. Mohna 71A/23, 87-100 Toruń**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczzone przez wykonawcę **A..... W..... Centrum Usług Terenowych Agro Aranżacje, ul. Mohna 71A/23, 87-100 Toruń**, tytułem kosztów 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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

**Przewodniczący:**

.....

Sygn. akt: KIO 1806/12

## Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Tuszyna, Tuszyna 147, 39-321 Tuszyna wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »ROZBUDOWA DESZCZOWNI NA SZKÓŁCE LEŚNEJ W LEŚNICTWIE PRZECŁAW«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **19.07.2012 r.** poz. **157385**.

Zamawiający zawiadomił **20.08.2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: cz. 1 Mara-Mar M..... K....., 39-207 Brzeźnica; cz. 2 Milex J..... M....., ul. Strażacka 6, 09-522 Dobrzyków; cz. 3 Adviser mgr inż. A..... Ł....., ul. Szczepankowo 97A, 61-306 Poznań;
- 2) wykluczeniu wykonawcy **A..... W..... Centrum Usług Terenowych Agro Aranżacje, ul. Mohna 71A/23, 87-100 Toruń**, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – art. 24 ust. 1 pkt 3 [art. 24 ust. 2 pkt 4] Pzp.

Wykonawca **A..... W..... Centrum Usług Terenowych Agro Aranżacje, ul. Mohna 71A/23, 87-100 Toruń**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **24.08.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie od bezpodstawnego wykluczenia odwołującego ze skutkiem zatrzymania wadium.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 Pzp;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp;
- 3) art. 46 ust. 4a Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenie czynności badania ofert, w czego następstwie nastąpi przywrócenie oferty odwołującej do postępowania;
- 2) powtórzenie czynności badania – tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty odwołującej z uzupełnionym dokumentem z ZUS;
- 3) równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji;
- 4) cofnięcia czynności zatrzymania wadium.

#### Argumentacja odwołującego

Wnoszący odwołanie 20 sierpnia 2012 r. uzyskał informację od zamawiającego, że w zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania z jednoczesnym zatrzymaniem złożonego wadium w wysokości 35.000,00 zł.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zamawiający wykluczył wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ust. 6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) zamawiający poinformował, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, tj. nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ust. 7.1.4 specyfikacji zamawiający żądał, aby na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w ust. 6.1 specyfikacji wykonawca złożył aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W ofercie wykonawca – *AGRO-ARANŻACJE* nie złożył zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień (pismo nr ZG-2710-7/12 z 14.08.2012 r.).

Wykonawca w odpowiedzi złożył zaświadczenie z ZUS nieaktualne i wyjaśnił, że tylko takim zaświadczeniem dysponuje.

Wykonawca nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, w związku z czym wykonawca został wykluczony. Jednocześnie zamawiający poinformował, że na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp zatrzymał wadium wykonawcy wykluczonego, ponieważ w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca nie złożył zaświadczenia z ZUS poświadczającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący stwierdza, że badanie ofert zostało dokonane z obrazą przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zarzuty wnoszącego dotyczą następujących czynności zamawiającego:

- 1) badania ofert – przez przyjęcie zbyt krótkiego, 2 dniowego terminu wezwania o dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia – zaświadczenia z ZUS;
- 2) badaniu ofert – przez przyjęcie, że dostarczony na wezwanie dokument potwierdzający płacenie składek w ZUS po terminie wezwania stanowi podstawę do wykluczenia z jednoczesnym zatrzymaniem złożonego wadium.

Zarówno odpowiedź wykonawcy na wezwania zamawiającego z 14 sierpnia 2012 r. o treści: »Zgodnie z art. 87 Pzp, składamy wyjaśnienie wobec pisma zamawiającego z 14.08.2012 r. dotyczącego z zaświadczenia z ZUS. 16.08.2012 r. złożyliśmy wniosek do ZUS o wydanie nowego zaświadczenia o niezaleganiu składek i nowe zaświadczenie otrzymamy 23.08.2012 r. W załączniku dołączonym do niniejszego pisma przesyłamy zaświadczenie z ZUS jakim dysponujemy na dzień dzisiejszy« i pismo wykonawcy z 21 sierpnia 2012 r. o treści: »W związku z otrzymanym zawiadomieniem o wyborze ofert z 20.08.2012 r. informujemy, że nie ma podstaw prawnych i faktycznych do zatrzymania nam złożonego wadium. Na wezwanie zamawiającego z 14.08.2012 r. wykonawca wyjaśnił i udowodnił jednoznacznie, że nie był w stanie na wskazany dzień wezwania uzupełnić żądanego dokumentu (zaświadczenia z ZUS) ponieważ 15.08.2012 r. był dniem wolny od pracy. Nasza firma złożyła wniosek do ZUS o wydanie nowego zaświadczenia, które otrzymaliśmy w dniu dzisiejszym tj. 21.08.2012 r. i dołączamy je do niniejszego pisma. W związku z powyższym uzupełnienie dokumentu stało się niemożliwe z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, co podnosiliśmy w odpowiedzi na wezwanie na dokument z 16.08.2012 r., tym samym zatrzymanie wadium nie ma oparcia w żadnej podstawie prawnej, czym zamawiający naruszył dyspozycję art. 46 ust. 4a Pzp. Wykonawca wnosi o natychmiastowe wydanie gwarancji wadialnej w oryginale do 23.08.2012 r. pod rygorem złożenia środka ochrony prawnej« – jednoznacznie dowodzą, że odwołująca w dniu składania ofert nie dysponowała aktualnym dokumentem z ZUS i nie mogła go uzupełnić do złożonej oferty w wymaganym przez zamawiającego terminie – 16 sierpnia 2012 r.

Przedmiotowe zaświadczenie z ZUS odwołująca otrzymała 21 sierpnia 2012 r. i natychmiast je przekazała zamawiającemu.

Powyższe skutkowało wykluczeniem odwołującej z postępowania oraz nieuprawnionym zatrzymaniem wadium.

Zamawiający, pomimo opisanego stanu faktycznego i braku podstawy prawnej, zatrzymał wadium odwołującej. Wykonawca, który jako niemogący uzupełnić swojej oferty na żądany termin, udowodnił, że nie jest to spowodowane z jego winy (brak możliwości fizycznej wcześniejszego jego pozyskania), co sam zamawiający stwierdził w piśmie o wyniku postępowania.

Takie działanie zamawiającego należałoby nazwać „polowaniem na wadium wykonawcy”.

Zamawiający stosownym pismem wezwał odwołującą o złożenie dokumentów potwierdzających, a odwołująca wykonała wezwanie i uzupełniła ofertę o dokumenty, o które mogła uzupełnić w określonym terminie.

Tym samym ww. czynności zamawiającego są niezgodne z prawem i odwołująca wnosimy o natychmiastowy zwrot wadium.

W tym stanie rzeczy odwołująca wnosi o powtórzenie czynności badania ofert, w której następstwie nastąpi cofnięcie czynności zatrzymania wadium.

Zamawiający celowo stosuje instytucję wezwania o potrzebne mu w postępowaniu dokumenty w tak krótkim terminie. Następnie z pełną świadomością dokonuje zaboru wadium.

Nie w tym celu w noweli wprowadzono art. 46 ust. 4a Pzp.

Odwołanie w analogicznej sprawie zostało rozpatrzone na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2012 r. – sprawa Sygn. akt. KIO/UZP 220/09.

Uzasadnienie wyroku w kwestii wadliwych czynności zamawiającego i kwalifikacji wadliwego wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a nie jak winien zrobić zamawiający z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 lub 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jednoznacznie wskazuje na brak podstaw prawnych zatrzymania wadium – str. 12 wyroku zdanie drugie do str. 13 zdanie trzecie.

Odwołująca nie jest absolutnie zaskoczona tym orzeczeniem, ponieważ potwierdziło ono tylko już wypracowane w tym względzie orzecznictwo – wyrok z dnia 16 stycznia br. – sprawa KIO/UZP 1530/08 – uzasadnienie – strona 14 akapit 5-7.

Tym samym zatrzymanie wadium nie ma uprawomocnionych podstaw.

O powyższym stanowi również szeroka linia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: Sygn. akt: KIO 465/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Skoro zatem odwołujący X złożył dokumenty na wezwanie zamawiającego, które – w jego ocenie – potwierdzały spełnianie wymogu określonego w załączniku nr 10, pozycja 9 to zatrzymanie przez zamawiającego wadium nie odpowiada przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący X złożył bowiem szereg dokumentów, które wymóg ten miały spełniać. Niemniej jednak niespełnienie tego wymogu nie oznacza jednocześnie, że okoliczność ta powstała z „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Odwołujący X podjął bowiem działania mające na celu uzyskanie wymaganych dokumentów, zresztą pochodzących od podmiotu prywatnego i mimo, że tego konkretnego dokumentu nie uzyskał to jednak złożył dokumenty, które – jego zdaniem – miały potwierdzać spełnienie tego wymogu. Należy bowiem pamiętać, że intencją ustawodawcy, a co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu dla wprowadzenia tego właśnie przepisu, nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i dokumentu tego nie złożył.

Celem wprowadzenia tego przepisu było tylko i wyłącznie zapobieżenie znowom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego warunku, czy też wymogu nie spełnili. A ponieważ zatrzymanie wadium ma charakter niezwykle restrykcyjny instytucja ta powinna być bardzo ostrożnie stosowana. Zatrzymanie wadium nie może stanowić dodatkowego i łatwego źródła dochodów dla zamawiających. Interpretacji tego przepisu należy bowiem dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej, jak i celowościowej i „eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych” (uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 roku sygn. 1 KZP 45/99).

Tak więc decyzja taka (o zatrzymaniu wadium) powinna być podjęta przez zamawiającego dopiero po wnikliwej analizie czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, oraz wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 46 ust. 4a Pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją nieprawidłowego i pochopnego zastosowania tego przepisu nie może być bowiem doprowadzenie do powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawców w sytuacji, gdy dołożyli oni należytej staranności w uzyskaniu określonych dokumentów, złożyli je i mimo to dokumenty te nie potwierdzają spełnienia postawionego przez zamawiającego wymogu.

Sygn. akt: KIO 1134/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, mimo braku formalnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, dwukrotnie w dniach 8 kwietnia 2011 i 15 kwietnia 2011 r. uzupełnił dokumenty w celu wykazania spełnienia warunku. Art. 46 ust. 4a Pzp nie stanowi sankcji za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu skutkuje bowiem z mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykluczeniem wykonawcy. Art. 46 ust. 4a Pzp został wprowadzony w celu wyeliminowania nieprawidłowych praktyk wykonawców, którzy w celu wydłużenia postępowania celowo nie składali dokumentów wraz z ofertami nie mając woli ich uzupełnienia na żadnym etapie postępowania, a składali ofertę w celu rozpoznania rynku, lub stworzenia korzystniejszej sytuacji dla powiązanego z wykonawcą podmiotu. Nie jest zatem celem tego przepisu karanie wykonawcy zatrzymaniem wadium, w sytuacji błędu, co do wymogu zamawiającego postawionego w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku. W ocenie Izby nie można przyjąć, że samo niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy stanowi podstawę zatrzymania wadium, bez oceny okoliczności, w jakich do niezłożenia tych dokumentów lub oświadczeń doszło.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że przepis art. 46 ust. 4a Pzp w sposób bezwzględny w każdej sytuacji nakazuje zatrzymanie wadium, gdy wykonawca nie złożył żądanych dokumentów. Przeczy temu stanowisku samo brzmienie art. 46 ust. 4a Pzp, które pozwala wykonawcy uniknąć zatrzymania wadium przez wykazanie, że nie złożył oświadczeń lub dokumentów z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Izba stoi na stanowisku, że złożenie dokumentów niepotwierdzających spełnienia warunku, w przypadku działania w przekonaniu, że za ich pomocą wykazuje się spełnienie warunku, powinno być zbadane pod kątem okoliczności ekskulpacyjnych. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie miał obowiązku składania jakichkolwiek dokumentów na wezwania zamawiającego z 4 i 14 kwietnia 2011 r., mógł jedynie poprzestać na wyjaśnieniach, zaś życiorysy i oświadczenia złożyć dopiero na wezwanie zamawiającego z 21 kwietnia 2011 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wówczas skutek wykluczenia odwołującego z powodu niewykazania spełnienia warunku byłby taki sam, ale zamawiający nie miałby podstaw do zatrzymania wadium, gdyż przepis art. 46 ust. 4a Pzp zezwala na zatrzymanie wadium, jedynie w sytuacji niezłożenia żądanych dokumentów, a nie w sytuacji, gdy złożone dokumenty są dokumentami żądanymi przez zamawiającego, ale nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie Izba uważa, że do uzupełnienia dokumentów doszło, choć wykonawca uzupełnił je samodzielnie, bez wezwania. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 46 ust. 4a Pzp przez jego zastosowanie.

Sygn. akt: KIO/UZP 1749/09, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2010 r.

Czynność zamawiającego w postaci zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp stanowi następstwo czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania – ma charakter jedynie akcesoryjny, stanowi czynność związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, która nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej tj. na wynik postępowania. Co do zasady, przedmiotem orzekania przez Izbę mogą być wyłącznie czynności lub zaniechania stanowiące samoistne czynności zamawiającego w postępowaniu, gdyż tylko takie działania lub zaniechania związane są z uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy i mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zważywszy jednak na regulację zawartą w art. 46 ust. 4a Pzp, wskazać należy, że ustawowa przesłanka zatrzymania wadium – niezłożenie przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zachodzi wówczas, gdy wykonawca nie przedstawi dokumentów lub oświadczeń, do których uzupełnienia został wezwany. Wskazany przepis ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. Ten charakter omawianej normy prawnej nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłankę zatrzymania wadium.

Z uwagi na powyższe, stosując wykładnię językową, przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie niezłożenie wymaganych dokumentów. Złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy nie wyczerpuje zatem ustawowej przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Skoro zatem odwołujący złożył dokumenty na wezwanie zamawiającego, które w ocenie odwołującego potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu to zatrzymanie przez zamawiającego wadium nie odpowiada przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Oraz wyrok Sądu Najwyższego z 7 lipca 2011 r. sygn. akt: II CSK 675/2010.

Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawymi wymogami zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności.

Należy również wziąć pod uwagę, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 1 maja 2004 r., władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w

konsekwencji naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Art. 1 ust. 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG: »Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych«.

Jak widać z treści powyższego artykułu dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **24.08.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **27.08.2012 r. (pon.)** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Żaden wykonawca nie złożył zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **31.08.2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp) wnosząc o oddalenie odwołania

Argumentacja zamawiającego:

1. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Ustawodawca nie przewidział minimalnych terminów na uzupełnienie dokumentów, a termin dwudniowy nie jest zbyt krótki. Wykonawca nie wniósł o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów. Wykonawca w wyznaczonym terminie nie złożył wymaganych dokumentów.

2. Dosłany 21 sierpnia 2012 r. dokument nie potwierdzał spełnienia warunku na dzień składania ofert (2 sierpnia 2012 r.), ale na 21 sierpnia 2012 r.

Dopiero po uzyskaniu informacji o zatrzymaniu wadium odwołujący wniósł zastrzeżenia. Odwołujący jest doświadczonym uczestnikiem postępowań w różnych nadleśnictwach.

Ponadto wykonawca dysponował właściwym dokumentem z ZUS, jednak z niewyjaśnionych przyczyn dokumentu tego nie złożył, a nawet stwierdził, że dokumentu takiego nie posiada.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem ze szczególnym wskazaniem niektórych pism z tej dokumentacji (pismo z 13 sierpnia 2012 r. – wyjaśnienie odwołującego, pismo z 21 sierpnia 2012 r. – zaświadczenie z ZUS, pismo z 10 sierpnia 2012 r. – wezwanie do uzupełnienia dokumentów, pismo z 6 sierpnia 2012 r. – KRK w dwóch wersjach – wystosowanej do zamawiającego przez odwołującego i uzyskanej przez zamawiającego).

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut wykluczenia odwołującej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w rozdz. I ust. 7.1.4 specyfikacji, aby wykonawca złożył aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz w rozdz. I ust. 7.1.5 specyfikacji, aby wykonawca złożył aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, o treściach wynikających z § 2 ust. 1 pkt 4 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący nie dołączył tych dokumentów do oferty w związku z czym zamawiający o godz. 10:44 dnia 10 sierpnia 2012 r. (piątek) wezwał odwołującego do uzupełnienia informacji z KRS dając termin do godziny 9:00 dnia 13 sierpnia 2012 r. (poniedziałek). Następnie 14 sierpnia 2012 r. o godz. 14:40 (dzień przed świętem państwowym – 15 sierpnia) zamawiający wystąpił o uzupełnienie dokumentu z ZUS-u i ponownie zamawiający dał bardzo krótki termin, do 16 sierpnia 2012 r. do 8:00. Dla wykonawcy były to terminy, w których wykonawca nie miał możliwości złożenia właściwie uzupełnionych dokumentów.

Wykonawca nie wnosił o przedłużenie terminu na złożenie uzupełnień, w związku z czym zamawiający nie mógł rozpatrywać takich zastrzeżeń i wobec braku wniesienia właściwych dokumentów przez odwołującego, zamawiający był zobligowany wykluczyć wykonawcę z postępowania, a jego ofertę uznać za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Pzp. Zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym podczas rozprawy, cyt. „Odwołujący pogodził się z wykluczeniem, dlatego nie wnioskował do Izby o niewykluczenie z postępowania, ale wskazuje na wezwanie o uzupełnienie dokumentów oraz wadliwość wykluczenia odwołującego z zatrzymaniem wadium” odwołujący nie wnosił o unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego nie potwierdził się.

Ponadto Izba ustaliła, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, w związku z tym, zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, wykonawcy nie przysługuje odwołanie na czynność zatrzymania wadium, która to czynność jest konsekwencją sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył uzupełnień dokumentów lub oświadczeń do oferty.

Tym niemniej Izba zauważa, że przepis art. 46 ust. 4a Pzp, będący podstawą do zatrzymania wadium, jest restrykcyjny i wskazuje na sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. W związku z tym, aby prawidłowo stosować ten przepis zamawiający musi stworzyć wykonawcy szczególnie dogodne warunki do wypełnienia wezwania w sprawie uzupełnienia dokumentów, aby móc zastosować sankcję w postaci zatrzymania wadium. Nie danie możliwości na złożenie uzupełnień (dla podmiotu mającego godziny pracy od 8:00 do 16:00 w pierwszym przypadku było to 6 godzin i 16 minut, a w drugim przypadku 1 godzina i 20 minut i to w okresach szczególnych – dni wolnych od pracy, weekend oraz święto) i zastosowania sankcji w postaci zatrzymania wadium nie może być traktowane jako wykonanie prawa i nie powinno podlegać ochronie prawnej. Dlatego nie można stwierdzić, że okoliczność niezłożenia uzupełnień powstała z „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie powstała sytuacja analogiczna do rozpoznawanej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2011 r. (sygn. akt KIO/465/11), cyt. »...intencją ustawodawcy, a co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu dla wprowadzenia tego właśnie przepisu, nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i dokumentu tego nie złożył. Celem wprowadzenia tego przepisu było tylko i wyłącznie zapobieżenie znikom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego warunku, czy też wymogu nie spełnili. A ponieważ zatrzymanie wadium ma charakter niezwykle restrykcyjny instytucja ta powinna być bardzo ostrożnie stosowana. [...] Interpretacji tego przepisu należy bowiem dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej jak i celowościowej i „eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych” (uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 roku sygn. I KZP 45/99). Tak więc decyzja taka (o zatrzymaniu wadium) winna być podjęta przez zamawiającego dopiero po wnikliwej analizie czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, oraz wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 46 ust 4a Pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją nieprawidłowego i pochopnego zastosowania tego przepisu nie może być bowiem doprowadzenie do powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawców w sytuacji, gdy dołożyli oni należytej staranności w uzyskaniu określonych dokumentów, złożyli je i mimo to dokumenty te nie potwierdzają spełnienia postawionego przez zamawiającego wymogu. Tym samym zarzut ten potwierdził się«.

Oprócz braku możliwości wniesienia odwołania na zatrzymanie wadium w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, co zostało omówione wcześniej, również w rozpoznawanej sprawie wystąpiłoby ograniczenie związane z art. 192 ust. 2 Pzp, co także zostało przeanalizowane w przytaczanym wyroku o sygn. akt KIO/465/11), cyt. »Art. 192 ust. 2 Pzp stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Czynność zamawiającego [...] zatrzymanie wadium, przy jednoczesnym wykluczeniu wykonawcy z postępowania, nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, zatem brak jest podstaw do uwzględnienia przez Izbę przedmiotowego odwołania, mimo uwzględnienia powyższego zarzutu«.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:**

.....