

Sygn. akt: KIO 1149/13

WYROK

z dnia 27 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Inter-Profil” w Garwolinie oraz Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie

w postępowaniu prowadzonym przez Warszawski Uniwersytet Medyczny w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Inter-Profil” w Garwolinie oraz Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Inter-Profil” w Garwolinie oraz Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający - Warszawski Uniwersytet Medyczny w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „rozbudowa i przebudowa (modernizacja) Zakładu Medycyny Sądowej Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S 038-059691 w dniu 22 lutego 2013 r.

W dniu 8 maja 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P..... F....., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą „Inter-Profil” w Garwolinie oraz Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie, zwanym dalej „odwołującym”, informację o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, a także o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz wobec zatrzymania wadium odwołujący wniósł w dniu 17 maja 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, skutkujące odrzuceniem oferty i wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, iż odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, skutkujące zatrzymaniem wniesionego przez wykonawcę wadium,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty złożonej przez odwołującego, co skutkowało wyborem oferty droższej od oferty złożonej przez odwołującego o 312 430,02 zł.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że skoro odwołujący uzupełnił dokumenty doręczając zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię aktualnej informacji z KRK w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp z datą wystawienia przypadającą przed upływem terminu do składania ofert, to nie sposób uznać, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, iż żądany przez zamawiającego dokument został złożony po terminie, jednakże - jak wynika z dokumentacji postępowania - dokument potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego na dzień upływu terminu składania ofert. W tym stanie faktycznym wykluczanie odwołującego, który złożył w niniejszym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę (wartość oferty 14.266.721,49 zł) z postępowania, doprowadziło do dokonania przez zamawiającego wyboru oferty o 312.430,02 zł droższej, co nie służy celowi udzielania zamówień publicznych jakim jest racjonalne wydatkowanie środków publicznych i udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy składającemu najkorzystniejszą ofertę. Zdaniem odwołującego zamawiający mógł wydłużyć termin na uzupełnienie dokumentów, o co wnioskował odwołujący i mógł uwzględnić ofertę złożoną przez odwołującego przy dokonywaniu oceny ofert. Wskazywał, iż przedłużenie przez zamawiającego terminu na uzupełnienie dokumentów nie miałoby wpływu na sytuację żadnego z pozostałych wykonawców, gdyż żaden inny wykonawca nie został wykluczony z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł również, że niezależnie od prawidłowości, bądź wadliwości dokonanej przez zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania, wadliwe było dokonane przez zamawiającego zatrzymanie wadium. Odwołujący powołał stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 roku (II CSK 675/2010) i wywiódł, że nie można przypisać odwołującemu postawy bierności w sytuacji, gdy uzupełnił na żądanie zamawiającego i we wskazanym przez niego terminie wszystkie inne braki, a brak w zakresie aktualnej informacji z KRK w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp uzupełnił po terminie nie dlatego, że dokumentu tego nie posiadał, ale dlatego, że dokumentu tego nie załączono do pisma z dnia 24 kwietnia 2013 roku przez niefrasobliwość pracownika. Nie ma tu bowiem mowy o zawinionym, umyślnym, bądź celowym niepodporządkowaniu się przez odwołującego żądaniu zamawiającego. Powołał treść uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 roku (V CSK 456/2009) co do tego, iż wobec czynności zatrzymania wadium służy wykonawcy odwołanie rozpatrywane przez Izbę.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego,
- 3) dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego, zgodnie ze złożonym zestawieniem poniesionych kosztów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego z 23 kwietnia 2013 r., pismo odwołującego z 24 kwietnia 2013 r., wezwanie zamawiającego z 26 kwietnia 2013 r. do wyjaśnienia przyczyn nieuzupełnienia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, pismo odwołującego z 26 kwietnia 2013 r. dotyczące wyjaśnienia przyczyn nieuzupełnienia ww. dokumentu, zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania i zatrzymaniu wadium z 8 maja 2013 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy M..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane Stolarstwo, M..... K..... w Mińsku Mazowieckim. Izba stwierdziła, że wykonawca nie zachował terminu na zgłoszenie przystąpienia. Nie było sporne, że kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia wykonawca ten otrzymał pocztą elektroniczną w dniu 16 maja 2013 r. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło zaś do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2013 r. Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na poczcie w

dniu 18 maja 2013 r., jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 18 maja 2013 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Ponieważ pismo wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 21 maja 2013 r., a zatem z uchybieniem trzydniowego zawitego terminu na zgłoszenie przystąpienia, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia. Powyższe skutkowało koniecznością niedopuszczenia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który złożył ofertę najtańszą, w sytuacji gdy wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, prowadzi do powstania szkody po jego stronie w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponadto odwołujący w wyniku decyzji zamawiającego o zatrzymaniu wadium doznaje uszczerbku majątkowego. Ustalenie, że z naruszeniem przepisów ustawy zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności wykluczenia i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Unieważnienie czynności wykluczenia wiązałoby się zaś z koniecznością unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

Izba wzięła pod uwagę, że zatrzymanie wadium jest czynnością jakiej zamawiający dokonuje w postępowaniu, o której mowa w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, a więc przysługują wobec niej środki prawne określone w ustawie Pzp. Prawdopodobnie takiej decyzji zamawiającego podlega zatem badaniu przez Izbę. Na taką interpretację wskazuje, w ocenie Izby, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt V CSK 456/09). Sąd Najwyższy w przywoływanym postanowieniu wskazał, że 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 ustawie z dnia 29.1.2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Zasygnalizował również, że przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obecnie obowiązującym, posługuje się dużo bardziej ogólną formułą aniżeli w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r., a mianowicie: „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia...”, co doprowadziło Sąd do konkluzji, że „Relatywnie łatwiej zatem obecnie stwierdzić, że zatrzymanie wadium w tym sformułowaniu się mieści.”

Nie pozostaje w sprzeczności z tym stanowiskiem przytoczone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo sądów powszechnych, które uznają się za właściwe w przedmiocie rozstrzygnięcia o roszczeniu wykonawcy o zwrot niezasadnie zatrzymanego wadium na podstawie przepisów prawa cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Złożenie odwołania jest uprawnieniem wykonawcy i niewykorzystanie drogi przewidzianej w ustawie Pzp nie przesądza o istnieniu lub braku tej przesłanki zgłoszonego roszczenia w zakresie bezpodstawnego wzbogacenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z 22 listopada 2012 r., wydany w sprawie o sygn. akt II CSK 448/12).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem nie stwierdzono aby zamawiający dopuścił się naruszeń ustawy Pzp, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył ofertę w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, którego przedmiotem jest rozbudowa i przebudowa (modernizacja) Zakładu Medycyny Sądowej Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału IX ust. 5 ppkt 6 SIWZ zamawiający zastrzegł, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania obowiązani są złożyć m.in. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą ww. informacji dotyczącej partnera konsorcjum tj. Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 23 kwietnia 2013 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a dotyczącej partnera konsorcjum tj.

Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie. Wskazał, że powodem wezwania jest to, że odwołujący nie załączył do oferty ww. dokumentu. Zamawiający określił termin na dostarczenie ww. dokumentu do 26 kwietnia 2013 r., godz. 9.00.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2013 r., doręczonym zamawiającemu w dniu 26 kwietnia 2013 r. o g 8.27 odwołujący uzupełnił większość żądanych przez zamawiającego dokumentów, złożył wyjaśnienia. Nie załączył jednak do pisma żądanej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dotyczącej Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie. Załączył, znajdującą się już uprzednio w ofercie, informację z KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, dotyczącą członka zarządu Controlpower sp. z o.o. Pana K..... K..... .

Pismem z dnia 26 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia przyczyn niezłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dotyczącej Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2013 r., doręczonym zamawiającemu w dniu 29 kwietnia 2013 r., odwołujący wyjaśnił, że omyłkowo załączył zamiast aktualnej informacji z KRK w zakresie przewidzianym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dotyczącej partnera konsorcjum Controlpower sp. z o.o., aktualną informację z KRK w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, pomimo posiadania przez odwołującego żądanego przez zamawiającego dokumentu. Wskazał, że załączenie niewłaściwej informacji z KRK było wynikiem pomyłki po stronie pracownika partnera konsorcjum. Załączył do swego pisma informację z KRK dotyczącą Controlpower sp. z o.o. z dnia 26 marca 2013 r., zgodnie z którą podmiot ten nie figuruje w kartotece podmiotów zbiorowych KRK. Wniósł o uwzględnienie tego dokumentu i przedłużenie terminu na jego uzupełnienie do dnia 30 kwietnia 2013 r.

W dniu 8 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazał, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w wyznaczonym terminie tj. do dnia 26 kwietnia 2013 r., do godz. 9.00 nie uzupełnił dokumentu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 5 pkt 6 SIWZ, tj. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dotyczącej Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie. Uzasadniał, że ww. dokument został złożony przez wykonawcę po upływie wyznaczonego terminu, tj. w dniu 29 kwietnia 2013 r., przy czym wykonawca nie udowodnił, że niezłożenie dokumentu w wyznaczonym terminie do 26 kwietnia 2013 r. do godz. 9.00 wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie, podając jako powód omyłkę pracownika wykonawcy. Zamawiający wskazał również, że w przypadku uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnienie żądanych dokumentów musi nastąpić w terminie wskazanym przez zamawiającego. Złożenie uzupełnianych dokumentów po upływie

wyznaczonego terminu jest nieskuteczne. Wobec powyższego zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w odniesieniu do partnera konsorcjum – Controlpower sp. z o.o.

Również w dniu 8 maja 2013 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawiadomił odwołującego, że zatrzymuje wniesione przez tego wykonawcę wadium. Wskazał również, że w przypadku uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnienie żądanych dokumentów musi nastąpić w terminie wskazanym przez zamawiającego. Mając na uwadze zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, złożenie uzupełnianych dokumentów po upływie wyznaczonego terminu należy uznać za nieskuteczne i tożsame z ich niezłożeniem. Podniósł, że takie ustalenie obliuguje go do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, wobec nieprzedstawienia przez wykonawcę dowodów, że niezłożenie wymaganego dokumentu w wyznaczonym terminie wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Naruszenie miało polegać na niewłaściwym zastosowaniu tego przepisu i błędnym przyjęciu, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Odwołujący nie złożył wraz z ofertą wymaganego przez zamawiającego w rozdziale IX ust. 5 ppkt 6 SIWZ dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W ofercie zabrakło bowiem informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dotyczącej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Controlpower sp. z o.o. w Garwolinie. W tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego było wezwanie odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zamawiający wykonując dyspozycję przywoływanego przepisu pismem z dnia 23 kwietnia 2013 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu. Ponieważ przepis nakłada na zamawiającego konieczność zakreślenia wykonawcy terminu do jakiego dokument należy złożyć, zamawiający wyznaczył odwołującemu ten termin na 26 kwietnia 2013 r., g. 9.00.

Podkreślenia wymaga, że czynność wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może być przez wykonawcę kwestionowana w drodze środków ochrony prawnej, w tym również w zakresie wyznaczonego przez zamawiającego terminu. Wykonawca może również, nie wnosząc środka ochrony prawnej, zwrócić się do zamawiającego, przed upływem zakreślonego terminu, z wnioskiem o jego wydłużenie. Odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego, zaś do upływu zakreślonego terminu tj. 26 kwietnia 2013 r. nie złożył brakującego dokumentu ani nie wnioskował o przedłużenie terminu na jego uzupełnienie. W tej sytuacji jego obowiązkiem było zastosowanie się do wezwania zamawiającego, w tym również co do wyznaczonego terminu.

Na uwagę zasługuje również fakt, że - jak słusznie wskazał w odpowiedzi na odwołanie zamawiający - w świetle utrwalonego, jednolitego stanowiska Izby i sądów czynność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny w stosunku do tego samego dokumentu. Powyższe wynika z tego, że zasadą w postępowaniu jest obowiązek złożenia wszystkich wymaganych przez zamawiającego dokumentów wraz z ofertą do upływu terminu składania ofert (por. art. 26 ust. 2a ustawy Pzp). Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wprowadzający instytucję sanacyjną na wypadek niezłożenia dokumentu lub złożenia dokumentu obarczonego błędami ma zatem niewątpliwie charakter wyjątku od ww. zasady. Zatem, jako wyjątek od zasady, nie może być interpretowany rozszerzająco. Przejawem takiej interpretacji byłoby wielokrotne, niczym nieograniczone korzystanie wobec wykonawców z dobrodziejstwa przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zatem zamawiający nie miał możliwości ponowienia wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wezwanie musiałoby dotyczyć tego samego dokumentu.

W ocenie Izby zamawiający nie mógł wydłużyć terminu na uzupełnienie dokumentu, gdyż wniosek o przedłużenie terminu odwołujący złożył w dniu 29 kwietnia 2013 r., a więc 3 dni po bezskutecznym upływie tego terminu (26 kwietnia 2013 r., g. 9.00). W ocenie Izby wyrażenie przez zamawiającego zgody na wydłużenie terminu uzupełnienia dokumentu, w sytuacji gdy wniosek o takie wydłużenie został złożony po upływie pierwotnego terminu oznaczałoby de facto powtórne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu. Oznaczałoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tak samo potraktowani zostaliby bowiem wykonawcy, którzy zastosowali się do wezwania zamawiającego i uzupełnili brakujące dokumenty w terminie,

jak i ci wykonawcy, którzy terminowi uchybili. Usprawiedliwieniem dla odstąpienia od zasady równego traktowania wykonawców nie może być natomiast fakt, że odwołujący złożył najtańszą ofertę ani to, że powodem niezłożenia w terminie dokumentu – jak utrzymywał – był błąd pracownika.

Powyższe oznaczało, że odwołujący, pomimo uruchomienia procedury sanacyjnej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dalszym ciągu nie wykazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem obowiązkiem zamawiającego było wykluczenie go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za niezasadny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie przez zamawiającego, iż zachodzą przesłanki skutkujące zatrzymaniem wniesionego przez odwołującego wadium.

Stosownie do przywoływanego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na uprzednie wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przywoływany przepis został wprowadzony nowelizacją ustawy Pzp z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), zaś jego celem było zapobieganie znikom wykonawców, którzy poprzez świadome nieuzupełnianie dokumentów doprowadzali do konieczności wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę oferującego najwyższą cenę. Stosownie bowiem do uzasadnienia projektu ustawy celem omawianego przepisu było zapobieżenie sytuacjom, w których „grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. Celem regulacji zawartej w art.46 ust.4a ustawy Pzp jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”

Biorąc pod uwagę tak jasno sprecyzowany cel regulacji stwierdzić należy, że przy dokonywaniu wykładni przywoływanego przepisu należy uwzględniać reguły wykładni celowościowej. Podkreślić należy, że intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku nie wykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też Izba stoi na stanowisku, że z wykluczenia wykonawcy nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium. Należy badać charakter przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów, wpływu braku uzupełnienia dokumentów na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również możliwość istnienia zmowy przetargowej. Podkreślić również należy, że czynność zatrzymania wadium ma charakter sankcyjny i restrykcyjny, a więc powinna być bardzo ostrożnie stosowana. Na konieczność uwzględnienia przy odczytywaniu normy wynikającej z przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp reguł wykładni celowościowej zwracał uwagę Sąd Najwyższy. W wyroku z 22 listopada 2012 r., wydanym w sprawie o sygn. akt II CSK 448/12 Sąd wyraził pogląd, iż *W konsekwencji uznać należy, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a będzie uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Nie bez znaczenia jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania przetargowego.* Z kolei w wyroku z 7 lipca 2011 r., wydanym w sprawie o sygn. akt II CSK 675/10 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że *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.*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że o znowie wykonawców w przedstawionym stanie faktycznym nie można mówić. Nie zostało wykazane, aby odwołujący i wykonawca, którego ofertę wybrano weszli w niezgodne z prawem porozumienie. Ponadto nie należą oni do żadnej wspólnej grupy kapitałowej. Należy zwrócić uwagę, że odwołujący aktywnie brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, uzupełnił w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 23 kwietnia 2013 r. szeroki zakres dokumentów, składał żądane wyjaśnienia. Nie sposób pominąć również tego, że odwołujący w dniu 26 kwietnia 2013 r. złożył jednak zamawiającemu informację z KRK w zakresie art. 24 ust.

1 pkt 8 ustawy Pzp dotycząca prezesa zarządu członka konsorcjum odwołującego. Powyższe świadczyć może o tym, że istotnie, jak podnosił odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w dniu 29 kwietnia 2013 r., powodem niezłożenia dokumentu w terminie był błąd pracownika, który mylnie odczytał wezwanie zamawiającego. Efektem omyłki było złożenie informacji z KRK dotyczącej członka zarządu Controlpower sp. z o.o., zamiast informacji z KRK dotyczącej tego podmiotu. Izba wzięła również pod uwagę to, że odwołujący jednak złożył zamawiającemu wymagany dokument dnia 29 kwietnia 2013 r. (poniedziałek), tj. w pierwszym dniu roboczym następującym po upływie wyznaczonego terminu (26 kwietnia 2013 r. – piątek).

Według Izby powyższe okoliczności świadczą o tym, iż odwołujący dążył do uzyskania zamówienia publicznego i nie było jego celem doprowadzenie do udzielenia zamówienia drugiemu wykonawcy, który zaoferował wyższą cenę. Nie można powiedzieć, aby odwołujący zachowywał się absolutnie biernie, jak również aby umyślnie i celowo nie zastosował się do wezwania zamawiającego. Z powodów określonych wyżej Izba stwierdziła, iż decyzją zamawiającego o zatrzymaniu wadium, w okolicznościach niniejszej sprawy, była niezasadna. Potwierdził się podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Za wynik postępowania uznaje się natomiast wybór oferty najkorzystniejszej bądź unieważnienie postępowania. Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, zaś dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W tej sytuacji wadliwa czynność zamawiającego polegająca na niezasadnym zatrzymaniu wadium nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik przetargu. Wynik postępowania nie ulega zmianie, gdyż w dalszym ciągu najkorzystniejszą pozostaje oferta złożona przez wykonawcę M..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogólnobudowlane Stolarstwo, M..... K..... w Mińsku Mazowieckim. Wobec braku jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania – wyborem oferty najkorzystniejszej a wadliwą czynnością zatrzymania wadium Izba, w świetle przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie miała podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: