

Sygn. akt KIO 2457 /10

**WYROK**  
**z dnia 25 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **10 listopada 2010 r.** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Eltrans Sp. z o.o. (lider), Spyra Primo Poland Sp. z o.o., ul. Inwalidzka 11, 41-506 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompania Węglowa S. A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Eltrans Sp. z o.o. (lider), Spyra Primo Poland Sp. z o.o., ul. Inwalidzka 11, 41-506 Chorzów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Eltrans Sp. z o.o. (lider), Spyra Primo Poland Sp. z o.o., ul. Inwalidzka 11, 41-506 Chorzów**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Eltrans Sp. z o.o. (lider), Spyra Primo Poland Sp. z o.o., ul. Inwalidzka 11, 41-506 Chorzów** na rzecz zamawiającego **Kompania Węglowa S. A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

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 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa rur z tworzyw sztucznych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku (grupa przetargowa 252-12)«. 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 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**03.08.2010 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 148-229146.

**09.09.2010 r.** upłynął termin składania ofert.

**28.10.2010 r.** zamawiający wystosował pismo do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertami i ważności wadium.

**02.11.2010 r.** zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Plaston-P Sp. z o.o. (zadania 14 i 16);
- 2) odrzuceniu oferty i wykluczeniu wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia Eltrans Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Chorzowie, ul. Inwalidzka 11, 41-506 Chorzów oraz Spyra Primo Poland Sp. z o.o. (członek konsorcjum) z siedzibą w Mikołów-Paniowy, ul. Darwina 8, 43-190 Mikołów-Paniowy, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (zadania 10-23);
- 3) unieważnieniu postępowania (zadanie 11);
- 4) zatrzymaniu wadium wykonawcy Eltrans.

**07.11.2010 r.** upłynął termin związani ofertą odwołującego i odwołujący nie przedłużył tego terminu.

**10.11.2010 r.** w terminie zgodnym z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Eltrans Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Chorzowie, ul. Inwalidzka 11, 41-506 Chorzów oraz Spyra Primo Poland Sp. z o.o. (członek konsorcjum) z siedzibą w Mikołów-Paniowy, ul. Darwina 8, 43-190 Mikołów-Paniowy wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie zadań nr 10-23;
- 2) odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadań nr 10-23;
- 3) wyboru oferty wykonawcy Plaston-P Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 14 i 16;
- 4) unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 11;
- 5) zatrzymania wadium wraz z odsetkami wniesionego przez odwołującego w wysokości 98.780,00 zł.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie zadań 10-23, pomimo iż odwołujący wykazał nieistnienie przesłanek wykluczenia;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez wykluczenie odwołującego i w konsekwencji odrzucenie jego oferty w zakresie zadań 10-23 z tytułu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy brak ku temu jakichkolwiek podstaw;
- 3) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp przez przyjęcie, że pomimo wezwania przez zamawiającego, odwołujący nie wykazał nieistnienia przesłanki wykluczenia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadań 10-23, pomimo iż odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania;
- 5) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 11, pomimo iż odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu;
- 6) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PLASTON-P Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 14 i 16, pomimo iż ofertą najkorzystniejszą w tym zakresie była oferta odwołującego;
- 7) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp przez zatrzymanie wadium złożonego przez odwołującego z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy brak ku temu jakichkolwiek podstaw.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego w zakresie zadań nr 10-23;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadań nr 10-23;
- 3) unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 11;
- 4) powtórzenia czynności składających się na proces oceny spełnienia przez wykonawców wymogów opisanych przez zamawiającego w specyfikacji w zakresie zadań nr 11, 14 i 16;

- 5) stwierdzenie, że oferta odwołującego czyni zadość wymogom opisanym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zadań nr 11, 14 i 16;
- 6) unieważnienie decyzji o zatrzymaniu wadium złożonego przez odwołującego;
- 7) powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 11, 14 i 16;
- 8) wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 11, 14 i 16.

Ponadto odwołujący wnosi o:

- 1) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania;
- 2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami reprezentacji, zgodnie ze złożonym spisem kosztów.

#### Argumentacja odwołującego

Rozstrzygnięcia zamawiającego w zakresie kwestionowanym w odwołaniu są niesłuszne, nieprawidłowe i sprzeczne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

I. Zamawiający powołując się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp dokonał wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż żądał dołączenia do oferty w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp.

Zdaniem zamawiającego odwołujący nie dołączył do oferty wymaganego dokumentu dla wiceprezesa zarządu spółki Spyra Primo Poland Sp. z o.o. – Pana Grunneta Fleming, który ma miejsce zamieszkania w Danii. Jednocześnie, jak podaje zamawiający, dokumenty dołączone przez odwołującego w tym zakresie, na skutek wezwania zamawiającego wydane zostały **23.09.2010 r.** i z treści tych dokumentów nie wynika, iż informacje w nich zawarte odnoszą się do stanu faktycznego na dzień inny niż data ich wystawienia, a zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący wskazuje, iż czynność wykluczenia go z postępowania dokonana została na skutek błędnej interpretacji przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych oraz dokumentów złożonych przez odwołującego na skutek wezwania do uzupełnienia oferty.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, odwołujący złożył zaświadczenie z duńskiego rejestru karnego o niekaralności członka zarządu spółki Spyra Primo Poland Sp. z o.o., Fleminga Grunnet zamieszkałego w Danii oraz oświadczenie tego członka zarządu, z którego wynika, iż nigdy nie był karany za żadne z przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 Pzp.

Dokumenty złożone przez odwołującego mają datę wystawienia późniejszą niż upływ terminu składania ofert określony w specyfikacji. Jednak wbrew twierdzeniom zamawiającego dokumenty te wykazują brak występowania przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W rozpoznawanej sprawie zastosowanie znajduje przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym »z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się (...) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego«.

Celem wykazania braku występowania tej przesłanki wykluczenia zamawiający w części XI ust. 7 specyfikacji wskazał, iż »w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób«.

W powyższym stanie prawnym, przy tak sformułowanym żądaniu odnośnie wymaganego dokumentu, dokumenty złożone *in casu* przez odwołującego wykazywały brak przesłanki wykluczenia w sposób należyty.

Po pierwsze wpisy z rejestru karnego podlegają wykreśleniu wyłącznie w przypadku zatarcia skazania, tj. po upływie określonego czasu po prawomocnym skazaniu. Jedyne przypadki, w którym dokument, jakim jest zaświadczenie o niekaralności, wystawiony po

dacie upływu terminu do składania ofert nie wykazywałby spełnienia przesłanki niekaralności na ten dzień, miałyby miejsce wówczas, gdyby wykreślenie wpisu nastąpiło pomiędzy dniem upływu terminu do składania ofert, a dniem wystawienia zaświadczenia. Zgodnie z informacjami zawartymi na str. 2 przedmiotowego zaświadczenia okresy, po jakich następuje wykreślenie wpisu ujawnionego w rejestrze karnym są znacznie krótsze niż określone w polskim kodeksie karnym (art. 106-108). Okres objęty tym zaświadczeniem jest zatem znacznie krótszy niż okres wynikający z przepisów prawa polskiego. Wobec tego odwołujący obok zaświadczenia złożył również oświadczenie Pana Fleminga Grunnet o niekaralności złożone przed osobą wykonującą w Danii funkcję notariusza. Z oświadczenia tego wynika, iż ten członek zarządu nigdy nie był karany.

Po drugie, zaświadczenie o niekaralności wydawane z duńskiego rejestru karnego nie obejmuje wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, albowiem, jak wynika z jego treści ujawnione są tam wyłącznie »orzeczenia zawarte w Duńskim Rejestrze Wyroków w sprawach naruszeń duńskiego kodeksu karnego, ustawy o środkach euforyzujących lub zagranicznych orzeczeniach«. Wobec tego odwołujący złożył ww. oświadczenie, z którego wynika, iż nigdy nie został skazany »prawomocnym wyrokiem za żadne z przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, tj. za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego«.

Wobec powyższego, twierdzenie zamawiającego, iż dokumenty złożone przez odwołującego na wykazanie nieistnienia przesłanki wykluczenia określonej art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp nie potwierdzają braku postaw wykluczenia na dzień, w którym upłynął termin składania ofert jest bezpodstawne.

Dowód: Zaświadczenie z duńskiego rejestru karnego o niekaralności członka zarządu spółki Spyra Primo Poland Sp. z o.o., Fleminga Grunnet zamieszkałego w Danii;

Oświadczenie członka zarządu spółki Spyra Primo Poland Sp. z o.o. Fleminga Grunnet o niekaralności.

Ponadto zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 Pzp przez jego błędną interpretację polegającą na przyjęciu, iż dokument, jakim jest zaświadczenie o niekaralności członka zarządu spółki będącej wykonawcą, który ma miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polski, złożony na skutek wezwania do uzupełnienia, wystawiony po dniu, w którym upłynął termin składania ofert, nie wykazuje nieistnienie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp. Interpretacja taka skutkuje iluzorycznością przepisu

art. 26 ust. 3 Pzp statuującego instytucję wzywania do uzupełnienia dokumentów składanych przez wykonawców.

Problematyka ta poruszona została zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie z zakresu prawa zamówień publicznych.

»W praktyce bowiem nie rodzi problemów złożenie z odpowiednim oświadczeniem co do terminu, w jakim warunek był spełniony, dokumentów prywatnych. Natomiast trudności powoduje składanie dokumentów urzędowych, jeżeli wykonawca nie będzie posiadał prawidłowego dokumentu wystawianego przez odpowiedni organ w dacie składania wniosków lub ofert, to w wielu sytuacjach instytucja uzupełnienia dokumentów nie przyniesie skutku. Nie jest bowiem możliwe lub jest bardzo utrudnione uzyskanie dokumentu, który, choć wystawiony po dniu, w którym upłynął termin składania ofert lub wniosków, potwierdza stan na dzień wcześniejszy, np. z art. 306a ordynacji podatkowej (podstawa wydawania zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami) organ wydaje zaświadczenie, które potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania« (tak: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV, LEX 2010).

»Potwierdzeniem spełnienia warunku stanowić również może dokument wystawiony po terminie składania wniosków lub ofert, o ile zawarte w nich informacje lub wymagane dane dotyczą tego terminu« (tak: Dolecki J., Uzupełnianie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Doradca Zam. Pub. 2010/7/40).

Zgodnie natomiast z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej »zarówno dokument pełnomocnictwa, jak i zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu podatków oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne są dokumentami, których brak lub błędy obliguje zamawiającego do wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. [...] Do dokumentów pełnomocnictwa składanych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia nie ma zastosowania zakaz określony w art. 26 ust. 3 zdanie 2 Pzp. [...] Gdyby przyjąć stanowisko o obowiązku uzupełnienia pełnomocnictwa, ale w taki sposób, że wystawienie pełnomocnictwa ma nastąpić w terminie (z datą) nie późniejszym, niż upływ terminu składania ofert, wówczas przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie miałby sensu, a wykonawcy zobowiązani byliby do wystawiania dokumentów z datą wsteczną, co jest niedozwolone i niemożliwe do spełnienia. W tym zakresie przepis art. 26 ust. 3 Pzp w przypadkach objętych jego dyspozycją jest regulacją szczególną w stosunku do przepisów ogólnych« (wyrok KIO z 16 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 410/10).

Wobec powyższego decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu wydana została z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a zatem powinna zostać unieważniona.



II. Mając na uwadze przywołane w cz. I uzasadnienia odwołania okoliczności, upada wskazana przez zamawiającego podstawa odrzucenia oferty odwołującego. Skoro bowiem brak było podstaw do wykluczenia odwołującego, odrzucenie jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, na który powołuje się odwołujący było nieuprawnione.

III. Zamawiający w zakresie zadań nr 14 i 16 dokonał wyboru oferty spółki PLASTON-P Sp. z o.o. Konsekwencją wykluczenia odwołującego przez zamawiającego oferta odwołującego nie była rozpatrywana w zakresie tych zadań. W przypadku braku wykluczenia odwołującego, oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w zakresie tych zadań.

Wobec powyższego uzasadnionym jest unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 14 i 16 oraz powtórzenie w tym zakresie oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

IV. Mając na uwadze przywołane w cz. I odwołania okoliczności, upada wskazana przez zamawiającego podstawa unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 11.

Wobec faktu złożenia przez odwołującego jedynej oferty, która nie podlega odrzuceniu, zamawiający winien rozstrzygnąć postępowanie w zakresie zadania 11 oraz podjąć stosowne działania do skutecznego zawarcia umowy.

Tym samym uznać należy, że unieważnienie postępowania w zakresie wskazanego zadania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp było niezasadne, bowiem nie znajdowało potwierdzenia w okolicznościach faktycznych sprawy.

V. Odwołujący, w złożonej ofercie, na dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w odniesieniu do Spyra Primo Poland Sp. z o.o., złożył, zgodnie z treścią danych ujawnionych w Krajowym Rejestrze Sadowym, zapytania o karalność w odniesieniu do członków zarządu Spółki – Panów Czesława Spiry oraz Fleminga Grunneta (str. 29 i 30 oferty).

Pismem z 20.09.2010 r., przesłanym przedstawicielowi odwołującego za pośrednictwem faksu (data otrzymania: 22.09.2010 r.), zamawiający, powołując się na treść art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie oferty m.in. o zaświadczenie z właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności Pana Fleminga Grunneta, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp, stosownie do treści cz. XI ust. 7 specyfikacji.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie 6 dni, w dniu 28.09.2010 r. złożył zamawiającemu m.in. zaświadczenie z duńskiego rejestru karnego z 23.09.2010 r. dotyczące osoby Pana Fleminga Grunneta wraz ze stosownym

tłumaczeniem z języka angielskiego oraz oświadczenie Pana Fleminga Grunneta z 17.09.2010 r. o jego niekaralności.

W myśl art. 46 ust. 4a Pzp: »zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, 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«.

Podkreślenia wymaga użyty przez ustawodawcę zwrot: »[...] nie złożył dokumentów lub oświadczeń [...]«. Zgodnie z przyjętymi zasadami wykładni gramatycznej, należy go rozumieć leksykalnie jako faktyczny brak. Przyjmując wyrażoną przez Sąd Najwyższy tezę, że ustawodawca jest racjonalny w procesie stanowienia prawa i wyrażania woli w tym zakresie należy uznać, że w przypadku wskazanego przepisu, ustawodawca miał na myśli rzeczywisty brak dokumentu polegający na nie złożeniu w wyznaczonym terminie przez wezwanego wykonawcę wskazanego oświadczenia lub dokumentu. Wprawdzie art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp wspomina, że przywołane oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień, w którym upłynął termin do składania ofert, jednakże oba przepisy, mimo ich niewątpliwego związku, należy interpretować oddzielnie, bowiem dotyczą odmiennych okoliczności, a ich zastosowanie rodzi inne skutki.

W ostatnim przypadku każdorazowo zamawiający zobligowany będzie do oceny »aktualności« złożonego tytułem uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu w kontekście spełnienia lub nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji wykazania podstaw do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty w postępowaniu.

Z kolei przywołany art. 46 ust. 4a Pzp dotyczy oceny stanu faktycznego (fizycznego) złożenia wymaganego oświadczenia lub dokumentu, opartego na zasadzie: »złożono/nie złożono«. W tym zakresie bez znaczenia pozostaje okoliczność ich »aktualności« oraz potwierdzenia spełnienia wymaganego warunku, jak miało to miejsce poprzednio. Wobec tego, jeśli dokument został faktycznie złożony, a nie został wystawiony w przewidzianym terminie lub nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to w sytuacji takiej wykonawcę dotkną jedynie skutki przewidziane treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Natomiast wadium zostanie zatrzymane jedynie w przypadku, gdy wykonawca uchybi wezwaniu i w wyznaczonym terminie w ogóle nie złoży oświadczenia lub dokumentu lub uczyni to po upływie terminu i nie wykaże, że okoliczności nie złożenia dokumentu były niezależne od wykonawcy i niezawinione przez niego. Stanowisko takie potwierdza ugruntowane stanowisko w doktrynie oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W orzeczeniu z 21 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 590/09, Izba stanęła na stanowisku, że: »zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na

wezwanie zamawiającego w ogóle nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo iż może ono nie potwierdzać spełnienia warunku, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp«.

Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do rozstrzygnięcia z 16 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1530/08, w którym Izba wskazała na konieczność literalnej interpretacji art. 46 ust. 4a Pzp i przyjęcie, że mowa w nim wyłącznie o fizycznym braku oświadczenia lub dokumentu, a interpretacja dalej idąca stanowiłaby *de facto* nadużycie prawa. Myśl tę doskonale wyrażono w kolejnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1749/09, w którym zawarto tezę, że w świetle art. 46 ust. 4a Pzp »[...] ustawowa przesłanka zatrzymania wadium – nie złożenie przez wykonawcę dokumentów na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zachodzi wówczas, gdy wykonawca nie przedstawi dokumentów lub oświadczeń, do uzupełnienia których został wezwany. Wskazany przepis ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcje wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium. Ten charakter omawianej normy prawnej nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłanki zatrzymania wadium. Z uwagi na powyższe, stosując wykładnię językową, przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie 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. 45 ust. 4a Pzp [...]«.

Podobnie wyroki Izby wydane w sprawach o sygn.: KIO/UZP 449/09 oraz KIO/UZP 141/09.

Stanowisko to odwołujący uznaje za właściwe również z punktu widzenia charakteru prawnego wadium. W nauce panuje zapatrywanie, że funkcja wadium nie ogranicza się jedynie do wstępnej selekcji uczestników postępowania, ale pełni również rolę kompensacyjną polegającą na ochronie uzasadnionych interesów organizatora postępowania. Stanowi ono zryczałtowane odszkodowanie za szkodę poniesioną przez organizatora przetargu, który z winy wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą lub którą uznano za najkorzystniejszą, nie doprowadzi do zamierzonego skutku w postaci zawarcia umowy (negatywny, ujemny interes umowny) [*vide* System Prawa Prywatnego Tom 2 Prawo Cywilne – część ogólna, Warszawa 2002. str.: 361 i 362]. Wobec tego, w żadnym wypadku zdarzenie prawne w postaci zatrzymania wadium nie może stanowić źródła zarobkowania organizatora postępowania, a jego bezprawne zatrzymanie oceniane będzie w kategoriach art. 405 lub 410 Kc.

Odwołujący stwierdza, że w kontekście przywołanych okoliczności faktycznych, zamawiający nie był uprawniony do zatrzymania wadium odwołującemu.

W terminie wskazanym przez zamawiającego, tytułem uzupełnienia oferty, zostały złożone wymagane dokumenty, które zobowiązany był złożyć odwołujący. Zamawiający

mógł stwierdzić okoliczność ich fizycznego złożenia, który to fakt pozbawił zamawiającego możliwości zatrzymania wadium w oparciu art. 46 ust. 4a Pzp. Odrębnej i niezależnej ocenie powinny zostać poddane wspomniane dokumenty pod względem ich »aktualności« oraz potwierdzenia spełnienia przez odwołującego postawionych w postępowaniu warunków, jednakże wyniki takiej procedury w żadnej mierze nie mogły mieć wpływu na decyzję o zatrzymaniu wadium.

Tak więc, w świetle przedstawionych faktów oraz głosu doktryny i orzecznictwa, działanie zamawiającego ocenić należy jako bezprawne i nie znajdujące potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym.

Ogół wspomnianych wyżej argumentów wskazuje na naruszenie przez zamawiającego przywołanych na wstępie unormowań ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a podniesione żądania odwołującego czyni w tych okolicznościach zasadnymi.

Jednocześnie podkreślenia wymaga okoliczność, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 lipca 2005 r., sygn. akt: V Ca 592/05).

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie a odwołujący wnosi jak w sentencji. Jednocześnie odwołujący oświadcza, że ma interes prawny w złożeniu środka odwoławczego w związku z możliwością uzyskania zamówienia objętego postępowaniem, bowiem w wyniku naruszenia przywołanych wyżej przepisów, interes prawny odwołującego doznał uszczerbku w uzyskaniu zamówienia, faktycznie pozbawiając odwołującego możliwości realizacji zamówienia oraz faktem bezprawnego zatrzymania wadium. Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP2225/10, potwierdzającym stanowisko Sądu Najwyższego w tym względzie, Izba, w oparciu o obowiązujący porządek prawny, uprawniona jest do rozpatrywania sporów dotyczących zatrzymanego w toku postępowania wadium.

W świetle powyżej przedstawionych okoliczności odwołanie jest konieczne i zasługuje na uwzględnienie w całości.

**10.11.2010 r.** odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

**10.11.2010 r.** zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

**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:**

Izba ustaliła, że wobec opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie, 3 sierpnia 2010 roku do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Strony nie złożyły jakichkolwiek innych dowodów ani wniosków dowodowych.

W ocenie Izby nie 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.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

28 października 2010 r. (pismem z 26.11.2010 r.) zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W piśmie zamawiający zaznaczył, że, zgodnie z art. 85 ust. 4 Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium.

Jednak odwołujący nie zareagował na to pismo mimo, że termin związania jego ofertą upływał 07.11.2010 r. oraz termin ważności wadium upływał 09.11.2010 r., gdyż zamawiający 02.11.2010 r. zatrzymał wadium i wykluczył odwołującego z postępowania.

Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania po stronie odwołującego.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca jest uprawniony do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, ale uprawnienie to stwarza powstanie obowiązku po stronie wykonawcy do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Jednak w rozpoznawanym postępowaniu również zamawiający wystąpił do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Jeżeli wykonawca chce być dalej uczestnikiem postępowania, gdyż inaczej – ze względu na upływ terminu związania ofertą, oferta odwołującego nie wiąże, z czego wynika, że odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania (podobnie wyrok Krajowej izby Odwoławczej z 12 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 543/09).

W rozpoznawanej sprawie termin związania ofertą odwołującego upłynął 07.11.2010 r., a odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10.11.2010 roku, czyli 3 dni po upływie terminu związania ofertą; termin związania ofertą nie był przedłużany przez odwołującego, co wynika z dokumentacji i z oświadczeń stron postępowania.

Odwołujący, mający zastrzeżenia do prawidłowości postępowania prowadzonego przez zamawiającego i zamierzający wnieść środki ochrony prawnej, zobligowany był do przedłużenia terminu związania ofertą w oparciu o art. 85 ust. 2 oraz art. 85 ust. 4 Pzp. Przepisy te jednoznacznie wskazują, że możliwe jest dokonywanie przedłużenia terminu związania ofertą po wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zobowiązany był do przedłużenia terminu związania ofertą nawet gdy oferta odwołującego została odrzucona.

W innym przypadku należy uznać, iż odwołujący samodzielnie, nie realizując uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 Pzp, zrezygnował z udziału w postępowaniu.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga wykazania przez wnoszącego odwołanie spełnienia przesłanek jednoczesnego posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia i wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Jednocześnie Skład orzekający Izby zaznacza, że odwołujący podniósł, że zamawiający bezpodstawnie zatrzymał wadium odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Odwołujący wraz z ofertą złożył zaświadczenie z polskiego KRK dla członka zarządu mającego miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał odwołującego do złożenia właściwego dokumentu, o którym mowa w paragrafie 2 ust. 2 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).

Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, chyba że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Zdaniem składu orzekającego Izby w przepisie art. 46 ust. 4a Pzp chodzi o zaniechanie złożenia dokumentu lub oświadczenia, a zatem przepis znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy wezwany do uzupełnienia dokumentu wykonawca w ogóle nie złoży żądanego dokumentu zamawiającemu. Dyspozycja tego przepisu nie zostaje wypełniona w przypadku, gdy w wyniku wezwania zostanie złożony dokument, który jednak nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący na wezwanie zamawiającego złożył dokument z odpowiedniej instytucji z kraju zamieszkania członka zarządu i jego oświadczenie, jednak wystawione po dacie składania ofert. W ocenie Izby nie zaszyły zatem przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający zatrzymując wadium odwołującego naruszył art. 46 ust. 4a Pzp. Jednak Izba nie uwzględniła odwołania, pomimo stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ze względu na unormowanie art. 192 ust. 2 Pzp. Z przepisu tego wynika, że Izba uwzględnia odwołanie jedynie wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ze względu na to, że w rozpoznawanej sprawie zatrzymanie wadium odwołującego nie wpłynęło na wynik postępowania ani nie mogło mieć wpływu na jego wynik, Izba odwołanie oddaliła. Podobnie wyrok KIO z 20 października 2010 r. sygn. akt KIO 2190/10.

Rozstrzygnięcie nie ma wpływu na możliwość dochodzenia przez odwołującego zwrotu wadium w postępowaniu przed sądem powszechnym.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Uregulowania te nie tylko uprawniają Izbę do zaliczenia do uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego koszty wynagrodzenia pełnomocników, ale także ograniczają ich wysokość do 3 600 zł, dlatego Izba nie mogła uwzględnić wniosku zamawiającego o zaliczenie wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wskazanej w złożonym rachunku.

**Przewodniczący:**

.....