

WYROK
z dnia 27 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Prewenta Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (43-190)** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (44-330)**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Prewenta Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (43-190)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Prewenta Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (43-190)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Prewenta Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (43-190)** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (44-330)** kwotę **4 107 zł 61 gr** (słownie: cztery tysiące sto siedem złotych i sześćdziesiąt jeden groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Jastrzębską Spółkę Węglową z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju (dalej „zamawiający”) wykonawca Prewenta Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie czynności bezzasadnego zatrzymania wadium odwołującego w zadaniu nr 2, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 1 oraz art. 46 ust. 5 pkt 1) i 3) w związku z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:Pzp oraz art. 70¹- 70⁵, art. 390 §1 oraz art. 471-472 Kodeksu cywilnego, poprzez bezzasadne zatrzymanie wadium odwołującego z powodu niepodpisania przez odwołującego umowy o udzielenie zamówienia, pomimo że podpisanie tej umowy było niemożliwe z powodu siły wyższej – wystąpienia pandemii choroby zakaźnej COVTD-19, a w takich okolicznościach odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za niezwarcie umowy o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność zatrzymania wadium odwołującego,
2. zwrócił odwołującemu wadium.

Nadto wniósł o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika oraz dojazdów na rozprawę, według norm przepisanych.

Ustalenia i rozważania skład orzekającego Izby.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Uzupełniająco skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający wniosku o odrzucenie odwołania nie składał.

W dalszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wykonawca wnoszący odwołanie nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wobec czego uznał, że nie zostały wypełnione materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i orzekł jak w sentencji – o oddaleniu odwołania bez jego merytorycznego rozpoznania.

Bez wątplenia zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, wezwał odwołującego do zawarcia umowy, a ten podpisania umowy odmówił (prezentując stanowisko, że stało się to niemożliwe z przyczyn od niego niezależnych), w wyniku czego zamawiający zatrzymał wadium odwołującego.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp „Środki ochrony prawnej określone w niniejszej ustawie przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zdanie drugie „Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko i argumentację zaprezentowaną przez zamawiającego w złożonej na posiedzeniu Odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 lipca 2020 r.

Zatrzymanie wadium stanowi czynność uboczną w stosunku do czynności mających wpływ na wynik postępowania i tylko w przypadku, gdy Izba rozpoznaje zarzut/zarzuty dotyczące bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy (w tym w następstwie wykluczenia) i uzna zarzut ten/zarzuty za zasadne i nakaże zamawiającemu unieważnienie tej czynności, nakaże także unieważnienie czynności zatrzymania wadium (nakaże zwrot wadium) – nakaz zwrotu wadium będzie konsekwencją rozpoznania zarzutu/zarzutów dotyczących odrzucenia oferty wykonawcy .

Jak trafnie wywodził zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie „w przypadku odwołania, które dotyczy wyłącznie czynności zatrzymania wadium, nawet uznanie tej czynności za naruszającą przepisy ustawy PZP nie stanowiłoby podstawy do uwzględnienia takiego odwołania, ponieważ zatrzymanie wadium, nawet bezzasadne, nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez który należy rozumieć wybór najkorzystniejszej oferty. Zaskarżenie samej czynności zatrzymania wadium i postawienie skorelowanego z nim żądania jego zwrotu nie ma wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 PZP, którego wypełnienie stanowi warunek sine qua non uwzględnienia odwołania i jednocześnie powoduje brak legitymacji czynnej po stronie wnoszącego odwołanie w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP (tak KIO w wyroku z dnia 01.08.2019 r., KIO 1385/19)”.

Wart przypomnienia jest także przywołany przez zamawiającego wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r. (sygn. akt IV CSK 291/13), a to, iż sprawy o zwrot

bezpodstawnie zatrzymanego wadium należą do spraw cywilnych, a w konsekwencji rozpatrywanie ich przez inny organ niż sąd cywilny byłoby uzasadnione jedynie w wypadku, gdyby stanowiła o tym wyraźnie ustawa (które jednak tak nie stanowi). I dalej – żądanie unieważnienia czynności zatrzymania wadium zawarte w odwołaniu do KIO uznane być musi za roszczenie o charakterze cywilnoprawnym i choć wadium jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to dochodzenie jego zwrotu w drodze środków ochrony prawnej określonych w ustawie Pzp jest niemożliwe (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r., sygn. akt II CSK 491/11, a także następujące wyroki KIO: z dnia 28 sierpnia 2018 sygn. akt KIO 1604/18, z dnia 12 września 2019 r. sygn. akt KIO 1649/19, z dnia 22 marca 2011 r. sygn. akt KIO 465/11, wyrok z dnia 26 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1749/09).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) oraz 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: