

Sygn. akt: KIO 2971/21

WYROK
z dnia 2 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- **Kujawsko-Dobrzyński Bank Spółdzielczy z siedzibą we Włocławku,**
- **SGB - Bank SA siedzibą w Poznaniu,**
- **ESBANK Bank Spółdzielczy w siedzibą w Radomsku,**
- **Bank Spółdzielczy Ziemi Łowickiej w Łowiczu,**
- **Bank Spółdzielczy w Koronowie,**
- **Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie,**
- **Bank Spółdzielczy w Witkowie,**
- **Bank Spółdzielczy w Grębocinie,**
- **Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim,**
- **Bank Spółdzielczy w Łasinie,**
- **Bank Spółdzielczy w Nowym Tomyślu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Włocławek – Urząd Miasta Włocławek,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kujawsko-Dobrzyński Bank Spółdzielczy z siedzibą we Włocławku, SGB - Bank SA siedzibą w Poznaniu, ESBANK Bank Spółdzielczy w siedzibą w Radomsku, Bank Spółdzielczy Ziemi Łowickiej w Łowiczu, Bank Spółdzielczy w Koronowie, Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie, Bank Spółdzielczy w Witkowie, Bank

Spółdzielczy w Grębocinie, Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim, Bank Spółdzielczy w Łasinie, Bank Spółdzielczy w Nowym Tomyślu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Włocławek – Urząd Miasta Włocławek – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego złotowego*. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 czerwca 2021 r. pod nr 2021/S 119-314368.

W dniu 7 października 2021 r. Konsorcjum: Kujawsko-Dobrzyński Bank Spółdzielczy z siedzibą we Włocławku, SGB - Bank SA siedzibą w Poznaniu, ESBANK Bank Spółdzielczy w siedzibą w Radomsku, Bank Spółdzielczy Ziemi Łowickiej w Łowiczu, Bank Spółdzielczy w Koronowie, Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie, Bank Spółdzielczy w Witkowie, Bank Spółdzielczy w Grębocinie, Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim, Bank Spółdzielczy w Łasinie, Bank Spółdzielczy w Nowym Tomysłu, wniosło odwołanie wobec czynności zatrzymania wpłaconego przez to Konsorcjum wadium. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami, ewentualnie o stwierdzenie przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie zatrzymania wadium.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest udzielenie długoterminowego kredytu złotowego w 2021 r. w kwocie 135.761.450 zł. W dniu 27 września 2021 r. została opublikowana informacja o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Konsorcjum: Bank Polskiej Spółdzielczości SA Oddział w Gdyni oraz Bank Spółdzielczy w Jasieńcu. Oferty złożone przez dwa pozostałe konsorcja, w tym oferta złożona przez Odwołującego, nie podlegały ocenie z uwagi na ich odrzucenie. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Przesłankami odrzucenia oferty Odwołującego były następujące okoliczności: brak zaświadczenia ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek przez Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim, niezachowanie wymaganej prawem formy zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat przez Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie, niezachowanie wymaganej prawem formy zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat przez Bank Spółdzielczy w Grębocinie.

Ponadto, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący podlegał wykluczeniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, z uwagi na niezłożenie w terminie podmiotowego

środka dowodowego w postaci zaświadczenia ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne przez Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim. Wspomniana podstawa prawna została wskazana przez Zamawiającego jako podstawa prawna zatrzymania wadium.

Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że w ramach prowadzonego postępowania nie zostały złożone dokumenty w postaci aktualnych zezwoleń Komisji Nadzoru Bankowego na utworzenie banku oraz na rozpoczęcie działalności na terytorium Polski odnośnie Rejonowego Banku Spółdzielczego w Kowalewie Pomorskim oraz odnośnie Banku Spółdzielczego w Nowym Tomyślu. Jednakże Zamawiający zaznaczył, że odstąpił od czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i lit. c ustawy Pzp.

Wraz z odrzuceniem ofert Odwołującego Zamawiający zatrzymał wpłacone przez niego wadium w kwocie 300.000 zł, na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, powołując się na okoliczność niezłożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenia ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne przez Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim.

Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje czynności odrzucenia jego oferty, nie zgadza się natomiast z czynnością zatrzymania wadium.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na jego pismo z wnioskiem o dokonanie zwrotu wadium, Zamawiający z 5 października 2021 r. podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, wskazując, że wykonawcy przysługuje prawo do wniesienia odwołania na czynność polegającą na zatrzymaniu wadium.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo stanowisko prezentowane w orzecznictwie sądowym, zgodnie z którym ewentualne dochodzenie (wyłącznie) zwrotu wadium przed sądem powszechnym (jako de facto sprawa cywilna w rozumieniu k.p.c.) powinno zostać poprzedzone skorzystaniem przez wykonawcę drogi przewidzianej przepisem art. 505 i kolejnych ustawy Pzp, w przeciwnym razie wykonawca ponosi ryzyko odrzucenia pozwu przez sąd powszechny, który może uznać się za niewłaściwy do rozstrzygania tego typu sporu.

Odwołujący przytoczył treść art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp i podniósł, że zasadą przyjętą w ustawy Pzp jest zwrot wadium przez Zamawiającego. W konsekwencji, przypadki zatrzymania wadium (enumeratywnie wymienione w przepisie art. 98 ust. 6 ustawy Pzp) powinny być, na zasadzie wyjątku, interpretowane w sposób ścieśniający. Odwołujący powołał się na cel ww. przepisu, którym jest ograniczenie nieprawidłowości w postępowaniu

wykonawców działających w złej wierze i w sposób celowy. Dotkliwa sankcja w postaci zatrzymania wadium ma służyć ograniczeniu tzw. zmomom przetargowym.

Ponadto Odwołujący podniósł, że uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium na gruncie powołanego przepisu wymaga łącznego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w przepisie. W ocenie Odwołującego, nie zostały spełnione wszystkie przesłanki umożliwiające zatrzymanie wadium, co czyni czynność zatrzymania wadium nieuzasadnioną.

Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje tego, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie złożył podmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenia ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne przez Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim. Podniósł jednak, że nie zaistniała sytuacja, w której niezłożenie ww. środka dowodowego spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z brzmienia przepisu wynika jednoznacznie, że gdyby wykonawca w sposób prawidłowy złożył wspomniany środek, to Zamawiający byłby zobowiązany do wyboru jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że wyłączną i jedyną przesłanką niedokonania wyboru oferty jako oferty najkorzystniejszej byłoby właśnie niezłożenie środka dowodowego. Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie Zamawiający i tak nie mógłby jego oferty wybrać, z uwagi na inne przesłanki, które powodowały odrzucenie jego oferty. Zamawiający wskazał przynajmniej na dwie podstawy prawne odrzucenia oferty Odwołującego, a tym samym wskazał na dwie odrębne grupy przesłanek przesądzających o odrzuceniu oferty i niemożności zawarcia umowy. Zatem nawet gdyby Odwołujący złożył wspomniany podmiotowy środek dowodowy, to nadal brak byłoby podstaw do wybrania jego oferty, a w konsekwencji brak byłoby podstaw do zawarcia z nim umowy. Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że nie wystąpił związek pomiędzy niezłożeniem konkretnego środka dowodowego a niemożności wyboru jego oferty. Dalej Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 98 ust, 6 pkt 1 ustawy Pzp, niezłożenie środka dowodowego, którego brak uniemożliwia wybranie oferty jako najbardziej korzystnej, musi nastąpić z „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, czyli z przyczyn przez niego zawinionych, a wspomnianą okoliczność powinien wykazać Zamawiający. Odwołujący przywołał w tym zakresie tezy z orzecznictwa i wskazał, że w każdym przypadku badaniu podlegają przyczyny niewykonania wezwania, gdyż obowiązek zatrzymania wadium nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Zdaniem Odwołującego, do przyjęcia winy wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie kwoty wpłaconej tytułem wadium wraz z odsetkami.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pismem z 27 września 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Uzasadniając tę czynność Zamawiający wskazał, że w związku z tym, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona, został on wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający stwierdził, że złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na to wezwanie dokumenty miały nieprawidłową formę (cyfrowe odwzorowanie oryginału), a ponadto wykonawca nie przedstawił: informacji z KRK dotyczącej urzędujących członków organu zarządzającego oraz organu nadzorczego Banku Spółdzielczego w Kowalewie Pomorskim, w zakresie 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, informacji z KRK dotyczącej Banku Spółdzielczego w Kowalewie Pomorskim, w zakresie 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz informacji z KRK dotyczącej członka rady nadzorczej Banku Spółdzielczego w Nowym Tomyślu, w zakresie 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z tym Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia powyższych dokumentów.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia Zamawiający podał:

(...) Pełnomocnik Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) nie uzupełnił, pomimo wyraźnego wezwania zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 03 września 2021 roku, nr BZP.271.15.2021, zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZPF

wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne złożenia wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem potwierdzających, że przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności. W związku z powyższym Wykonawca nie potwierdził Zamawiającemu braku podstawy do wykluczenia z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

(...) Dostarczone Zamawiającemu zaświadczenie Naczelnika Drugiego Wielkopolskiego Urzędu Skarbowego w Kaliszu, nr 3072.4050411976,2021, potwierdzające, że Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie według stanu na dzień 26 lipca 2021 roku nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, stanowi zatem wyłącznie wizualizację (cyfrowe odwzorowanie) oryginału ww. podmiotowego środka dowodowego i w związku z tym nie może zostać uznany przez Zamawiającego za podmiotowy środek dowodowy służący do potwierdzenia braku podstawy do wykluczenia Wykonawcy z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy

(...) uzupełnione przez pełnomocnika Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w dniu 10 września 2021 roku zaświadczenie Naczelnika Kujawsko Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Bydgoszczy z dnia 21 lipca 2021 roku, nr 0471.4050.40444042021* potwierdzające, że Bank Spółdzielczy w Grębocinie nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, stanowi wyłącznie wizualizację (cyfrowe odwzorowanie) oryginału ww. podmiotowego środka dowodowego, a więc zostało uzupełnione przez pełnomocnika Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w formie niezgodnej z treścią § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (...)

Z uwagi na fakt, iż zarówno zaświadczenie Naczelnika Drugiego Wielkopolskiego Urzędu Skarbowego w Kaliszu, nr 3072.4050.411976.2021 potwierdzające, że Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie według stanu na dzień 26 lipca 2021 roku nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, jak również zaświadczenie Naczelnika Kujawsko Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Bydgoszczy z dnia 21 lipca 2021 roku, nr 0471.4050.404440.2021, potwierdzające, że Bank Spółdzielczy w Grębocinie według stanu na dzień 21 lipca 2021 roku nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, zostało uzupełnione przez pełnomocnika Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w formie niezgodnej z treścią § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30

grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452 ze zm.), Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał Zamawiającemu braku podstawy do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, a co za tym idzie podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający odrzucił zatem ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, ponieważ została ona złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zamawiający stwierdził także, iż w stosunku do Wykonawcy wypełniła się przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, ponieważ Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie tj. do dnia 10 września 2021 roku, podmiotowego środka dowodowego, jakim jest zaświadczenie albo inny dokument właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzający, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP, wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – złożenia wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem potwierdzających, że przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że Zamawiający podczas czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz braku podstaw do wykluczenia z prowadzonego postępowania stwierdził, iż pełnomocnik Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie złożył następujących dokumentów:

- aktualne zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na utworzenie banku, o którym mowa w art. 34 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Prawo bankowe,
- aktualne zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na rozpoczęcie na terytorium Polski działalności przez bank, o którym mowa w art. 36 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe, a w przypadku określonym w art. 178 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Prawo bankowe - inny aktualny dokument, potwierdzający rozpoczęcie działalności przed dniem wejście w życie ustawy, o której mowa w art. 193 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - Prawo bankowe, dotyczących Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie, Banku Spółdzielczego w Kowalewie Pomorskim oraz Banku Spółdzielczego w Nowym Tomyślu. Jednakże z uwagi na fakt, iż oferta Wykonawca podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c ustawy PZP,

Zamawiający odstąpił od czynności wezwania pełnomocnika Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do uzupełnienia ww. podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Ponadto Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium wraz z odsetkami, na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie tej czynności:

(...) Pełnomocnik Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – wbrew twierdzeniom zawartym w treści pisma z dnia 09 września 2021 roku, przesłanego do Zamawiającego za pomocą poczty elektronicznej w dniu 10 września 2021 roku wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi – nie uzupełnił pomimo wyraźnego wezwania zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 03 września 2021 roku, nr BZP.271.15.20zed upływem dnia 10 września 2021 roku zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – zaświadczenia albo innego dokumentu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

W ten sposób wypełniła się przesłanka zatrzymania wadium, która została opisana w treści art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy PZP. (...) Jak więc wynika z treści art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy PZP dla zatrzymania wadium z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech następujących przesłanek:

niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust, 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy PZP, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust, 1 ustawy PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, innych dokumentów lub oświadczeń, oraz

niezłożenie przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, oraz

niezłożenie przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

(...)

Wykonawca został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, jakim jest wymienione w sekcji VI.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale VII pkt 6 ppkt 1 SWZ zaświadczenie albo inny dokument właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem* a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne zaświadczenie lub inny dokument wraz z dokumentami potwierdzającymi, że przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności. Powodem wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP było uprzednie niezłożenie ww. podmiotowego środka dowodowego przez pełnomocnika Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający nakazał pełnomocnikowi Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia uzupełnienie ww. podmiotowego środka dowodowego przed upływem dnia 10 września 2021 roku, Pełnomocnik Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w wyznaczonym terminie nie uzupełnił jednak ww. podmiotowego środka dowodowego. Należy również podnieść, że pełnomocnik Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie sygnalizował w żaden sposób Zamawiającemu po otrzymaniu wezwania zarówno z dnia 18 sierpnia 2021 roku, jak i z dnia 03 sierpnia 2021 roku, że występują jakiegokolwiek trudności w uzyskaniu zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – zaświadczenia lub innego dokumentu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności. Pełnomocnik Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie wnosił także o przedłużenie terminów na złożenie tudzież na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych, które – zdaniem Zamawiającego – były zgodne z przepisami ustawy PZP oraz wystarczające na skompletowanie wszystkich podmiotowych środków dowodowych,

wymienionych w sekcji V1.3) ogłoszenia o zamówieniu, jak również w rozdziale VII pkt 6 ppkt 1 SWZ. Termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP wynosił bowiem 12 dni kalendarzowych, natomiast termin na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP – 7 dni kalendarzowych. Ponadto pełnomocnik Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, mógł przystąpić do kompletowania podmiotowych środków dowodowych już nawet w od dnia otwarcia ofert, które zostały złożone w prowadzonym postępowaniu, ponieważ na podstawie informacji zawartych w zamieszczonej na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Miasta Włocławek informacji z otwarcia ofert, o której mowa w art. 222 ust. 5 ustawy PZP, mógł wywnioskować, że jego oferta zostanie oceniona najwyżej. Podkreślenia wymaga również fakt, iż w każdym wezwaniu kierowanym przez Zamawiającego do pełnomocnika Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia znajdowało się precyzyjne pouczenie, dotyczące formy oraz sposobu, w jakiej powinny zostać złożone lub uzupełnione podmiotowe środki dowodowe. Należy zatem uznać, że nieuzupełnienie przez Wykonawcę ww. podmiotowego środka dowodowego nie zostało spowodowane zaistnieniem przyczyn od niego niezależnych, ponieważ pełnomocnik Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadał zarówno wystarczającą ilość informacji na temat podmiotowych środków dowodowych, które był obowiązany złożyć, a później uzupełnić, jak również wystarczającą ilość czasu na wypełnienie tego zobowiązania wobec Zamawiającego. Należy ponadto podkreślić, w opisywanej sytuacji nie zaistniały okoliczności usprawiedliwiające wykonawcę a obciążające zamawiającego, które zostały wymienione w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 roku, sygn. akt III CZP 27/17, takie jak: zakreślenie zbyt krótkiego terminu do uzyskania dokumentów, nieprecyzyjne sformułowanie wezwania, ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania. W postępowaniu pełnomocnika Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy zatem doszukiwać się braku należytej staranności, której konsekwencją był późniejszy brak możliwości dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty Wykonawcy (...) jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy bowiem zaznaczyć, że podczas czynności badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, iż to właśnie oferta ww. Wykonawcy została oceniona najwyżej. Wykonawca uzyskał bowiem w wyniku oceny dokonanej przez Zamawiającego na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w Rozdziale XIX SWZ – 100,00 punktów, natomiast drugi w kolejności Wykonawca (...) uzyskał 82139 punktów. Oferta trzeciego z Wykonawców (...) nie podlegała ocenie, ponieważ Wykonawca nie udzielił w zakreślonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiego kosztu złożonej oferty, co skutkowało odrzuceniem złożonej

przez niego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy PZP w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby, Zamawiający w przedstawionym uzasadnieniu zatrzymania wadium nie wykazał zasadności tej czynności.

Zatrzymanie wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp wymaga łącznego zaistnienia trzech okoliczności: po pierwsze – wykonawca, na wezwanie zamawiającego, nie składa wymaganych dokumentów, po drugie – niezłożenie tych dokumentów wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, po trzecie – zachodzi związek przyczynowo-skutkowy między nieprzedłożeniem dokumentów a niemożliwością wybrania oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Okolicznością bezsporną jest to, że pierwsza z ww. przesłanek w przedmiotowej sprawie zaistniała – Odwołujący nie uzupełnił, na wezwanie Zamawiającego z 3 września 2021 r., zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – zaświadczenia albo innego dokumentu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

Co do drugiej z ww. przesłanek, w ocenie Izby okoliczności sprawy wskazują, że niezłożenie dokumentu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zauważyć bowiem należy, że Odwołujący nie zgłaszał Zamawiającemu problemów z przedstawieniem

dokumentu w wyznaczonym terminie, nie wnosił o przedłużenie tego terminu, nie wskazywał na brak precyzji czy inne wady skierowanego do niego wezwania ani nie sygnalizował żadnych obiektywnych trudności w pozyskaniu dokumentu. Co więcej, w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie tylko nie wykazał, aby niezuzupełnienie dokumentu wynikało z przyczyn od niego niezależnych, ale nie próbował nawet w żaden sposób usprawiedliwić swojego zaniechania ani przedstawić jakiegokolwiek wyjaśnienia zaistniałej sytuacji.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał jednak, aby wystąpiła trzecia z przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, tj. skutek w postaci braku możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Ocena zaistnienia tej przesłanki wymaga odpowiedzi na pytanie, czy gdyby zaświadczenie potwierdzające, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne zostało przedłożone, to oferta Odwołującego mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza. Zatrzymanie wadium może bowiem nastąpić pod warunkiem, że jedyną przyczyną braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, jest niezuzupełnienie określonego dokumentu z powodów leżących po stronie wykonawcy.

Zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie na wskazane wyżej pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej, co zresztą przyznał Zamawiający podczas rozprawy, wyjaśniając, że: *brakowało również innych dokumentów i wykonawca zostałby z postępowania wykluczony*. Znajduje to potwierdzenie w przedstawionej przez Zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w której wskazano, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu również z innych przyczyn, niż ta, która stała się przyczyną zatrzymania wadium. Nie ma więc podstaw twierdzić, że tylko niezuzupełnienie zaświadczenia potwierdzającego, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, uniemożliwiło wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zauważenia wymaga też, że uzasadniając zatrzymanie wadium Zamawiający nie przedstawił szerszego wywodu na temat tej przesłanki, ograniczając się do stwierdzenia, że oferta Odwołującego była najwyżej oceniona spośród ofert podlegających ocenie. Zamawiający nie odniósł się natomiast do innych przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, w których nie dopatrzono się podstaw do zatrzymania wadium, w tym nie poddano ocenie, czy wynikają one z okoliczności leżących po stronie wykonawcy.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego przedstawione podczas rozprawy, że zatrzymanie wadium było zasadne, gdyż także inne dokumenty zostały uzupełnione nieprawidłowo, co należy traktować tak samo, jak gdyby w ogóle nie zostały złożone. Zauważyć należy, że jako przyczynę zatrzymania wadium Zamawiający wskazał

wyłącznie nieuzupełnienie zaświadczenia potwierdzającego, że Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Zatem wady innych dokumentów nie były postrzegane przez Zamawiającego jako uzasadniające zatrzymanie wadium. Nie wiadomo, czy Zamawiający dokonał oceny, czy wadliwość tych innych dokumentów odpowiada przesłankom określonym w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, w szczególności – czy wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wobec powyższego braki w tych dokumentach nie mogą być podnoszone na etapie postępowania odwoławczego jako usprawiedliwiające zatrzymanie wadium.

Mimo stwierdzenia, że Zamawiający nie wykazał zasadności czynności zatrzymania wadium, odwołanie nie mogło być przez Izbę uwzględnione, ponieważ naruszenie przepisów ustawy, które Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, nie miało i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Odwołujący wyniku tego postępowania w ogóle nie kwestionował, nie kwestionował też czynności poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty, w szczególności odrzucenia własnej oferty. Zarzut odwołania sprowadzał się wyłącznie do zatrzymania wadium. W tej sytuacji brak było podstaw do uwzględnienia odwołania, art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Wobec nieistnienia takiego wpływu, brak było podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: