

Sygn. akt: KIO 441/12

**WYROK**  
z dnia 16 marca 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2012 r. przez wykonawcę **Pawtrans Holding Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Chełmie**,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Pawtrans Holding Sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pawtrans Holding Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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 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 Lublinie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Chełmie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego 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" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę paliwa wraz z usługą tankowania pojazdów, maszyn i urządzeń będących w posiadaniu zamawiającego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 22.10.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 204-332192.

W dniu 23.02.2012 r. zamawiający zawiadomił Pawtrans Holding Sp. z o.o. w Warszawie o zatrzymaniu jej wadium, wskazując, iż wyjaśnienia wykonawcy z dnia 23.12.2011 r oraz z dnia 23.01.2012 r. nie pozwalają przyjąć, iż nieuzupełnienie dokumentów stanowiące podstawę zatrzymania wadium nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

W dniu 05.03.2012. r. Pawtrans Holding Sp. z o.o. w Warszawie wniosła odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a oraz art. 27 ust 1 , ust 2, ust 3, ust 4 ustawy, wskazując, iż wpłacił zamawiającemu wadium w wysokości 50 tys. zł aby mógł przystąpić do przetargu. Zamawiający powyższe wadium zatrzymał powołując się na ww przepis art. 46 ust 4a. Odwołujący stoi na stanowisku, co wykazał w piśmie z 23-01-2012 r, iż zachowanie Zamawiającego jest niesłuszne nie mające podstaw faktycznych oraz prawnych. Odwołujący podkreślił fakt, iż od samego początku nie spełniał warunków udziału w postępowaniu przetargowym. Gdyż nie dysponował koncesją na obrót paliwami. Do pisma z 23-01-2012 r. zostało

załączone zawiadomienie Prezesa URE DPE-451-291(I)/2011/9462/MJ, które informuje o toczącym się postępowaniu w sprawie przyznania koncesji.

W związku z powyższym na dzień 12 grudnia 2011 r., zgodnie z pismem otrzymanym z MPGK. sp. z o.o. w Chełmie, odwołujący nie był w stanie uzupełnić braków nie ze swojej winy. Odwołujący nie ma wpływu na toczące się postępowanie w URE. Zgodnie z ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, brak od samego początku spełnienia kryteriów zawartych w ofercie skutkuje faktem, iż brak jest podstaw do zastosowania art. 46 ust 4a ustawy PZP. Również nie stosuje się przepisu art. 46 ust 4a ustawy PZP w sytuacji wykluczenia wykonawcy.

Ponadto zamawiający unieważnił postępowanie co powinno mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Ponieważ zatrzymanie wadium nie może stanowić łatwego źródła dochodów oraz przy rozstrzyganiu tej sprawy podnoszę fakt, iż uzupełnienie lub jego brak nie miało żadnego znaczenia dla sprawy gdyż Zamawiający unieważnił postępowanie. W przypadku braku rozstrzygnięcia przetargu nie ma podstaw do zatrzymania wadium.

Następnie odnosząc się do korespondencji kierowanej przez zamawiającego do odwołującego, wskazano, iż mimo podania adresu do korespondencji zamawiający kierowała uporczywie korespondencję na adres inny. W tym pismo z 7 grudnia 2011 r. znak I.dz. ZZ/008646/11, które zostało doręczone Odwołującemu się w dniu 12 grudnia 2011 r. czyli w tym samym dniu w którym miał udzielić odpowiedzi. Z treści pisma wynikało, iż odpowiedzi należy udzielić do godz. 13.00, 12 grudnia 2011 r. W tym przypadku było to niemożliwe gdyż do godz. 13.00 poczta nie dostarczyła nam ww pisma. Nie dość, iż ww pismo nie zostało doręczone w terminie to jeszcze na inny adres: Pawtrans Holding sp. z o.o. ul. Czereśniowa 98/334, 02-456 Warszawa, niż podany w ofercie. Podnoszę, iż w ofercie Odwołujący podał adres do korespondencji: 24-320 Poniatowa ul. Szkolna 19, fax 81820-47-42. Nigdy żadna korespondencja nie została doręczona dwojącemu się na ww adres lub nr faxu, tym samym wwym postępowaniem zamawiający naruszył normy art. 27 ustawy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zwrot wadium w wysokości 50 000 zł i zwrot wpisu od odwołania, a także o przesłuchanie w charakterze świadka, Andrzeja L. na ww okoliczności.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Pismem z dnia 07.12.2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających opłacenie przedłożonej polisy OC oraz wyjaśnienie kwestii związanych z posiadaniem koncesji na obrót paliwami, z terminem na ich przedłożenie do dnia 12.12.2011 r.

We wskazanym terminie wykonawca nie zareagował na wezwanie zamawiającego.

W dniu 22.12.2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym o uznaniu oferty PETRO-BUD Sp. z o.o. w Chełmie za najkorzystniejszą oraz wykluczeniu Pawtrans Holding Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Ponadto zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowanie w związku z faktem, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W związku z ww. rozstrzygnięciem postępowania pismem z dnia 23.12.2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o zwrot wpłaconego wadium i wyjaśnił, iż mógł uzupełnić dokumentów na wezwanie z dnia 07.12.2011 r. ze względu na toczące się przed Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki w Warszawie postępowanie w sprawie koncesji na obrót paliwami płynnymi, a dowód opłacenia ubezpieczenia nie miał w tym przypadku znaczenia, bo i tak wykonawca kwalifikował się do odrzucenia oferty.

Ponadto w piśmie wskazano, iż osoba je podpisująca w chwili otrzymania wezwania i nie miała szansy odpowiedzieć we wskazanym terminie.

Pismem z dnia 13.01.2012 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wykazanie, iż nieuzupełnienie wymaganych dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

Pismem z dnia 23.01.2012 r. Powtrans Holding Sp. z o.o. wskazała, iż pisma zamawiającego z dnia 07.12.2012 r. i 13.01.2012 r. zostały jej przekazane tylko faksem, a ciągle nie otrzymała ich oryginałów, co jest niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto podniosła, iż brak uzupełnienia dokumentów był wynikiem niespełniania przez wykonawcę warunków

udziału w postępowaniu w zakresie posiadania koncesji na obrót paliwami, na dowód czego przedstawiono pismo Prezesa URE z dnia 22.11.2011 r.

Na rozprawie odwołujący wycofał się ze swoich twierdzeń w przedmiocie braku otrzymania oryginałów ww. pism pocztą czy ich wysłania na nieprawidłowy numer faksu.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

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

Zastosowanie ww. przepisu zostało omówione w powoływanej przez odwołującego opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych opublikowanej na stronie internetowej Urzędu (pod adresem: <http://www.uzp.gov.pl>), zatytułowanej „Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych. Izba generalnie podziela wyrażone tam stanowisko, iż przepis ten stwarza materialno-prawną podstawę i jednocześnie obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego w przypadku zaistnienia sytuacji opisanej w tym przepisie.

Warunkiem koniecznym zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp jest uprzednie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Tego typu wezwanie w rozpatrywanym przypadku nastąpiło – zamawiający wezwał wykonawcę do

uzupełnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy OC, który był wymagany w siwz, a którego do oferty odwołującego nie załączono.

Wykonawca uniknie zatrzymania jego wadium w przypadku, gdy udowodni, iż nieuzupełnienie wskazanych przez zamawiającego dokumentów – jak wskazuje art. 46 ust. 4a *in fine* – wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. Obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy w następstwie nieuzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, dotyczy wszystkich wykonawców, bez względu na ich szanse w uzyskaniu zamówienia. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 19/09) oraz z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn: KIO/UZP 62/09). Przy czym podstawa do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Pogląd ten został zaprezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (znak: KIO/UZP 62/09) w którym stwierdziła, iż „możliwość zatrzymania wadium następuje jedynie w braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy PZP lub pełnomocnictw, nastąpiło bez jego winy, ma zatem charakter względny”. W wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (znak: KIO/UZP 141/09) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, iż „Wobec faktu, iż Odwołujący nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie, Zamawiający był uprawniony do zatrzymania mu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił też, iż nie złożenie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Odwołujący miał wystarczającą ilość czasu, by zdobyć wymagane dokumenty, a mimo tego nie dochował wyznaczonego terminu. Co więcej nie wykazał tu należytej staranności w dbaniu o własne interesy, ponieważ o przesunięciu terminu wnioskował dopiero po jego bezskutecznym upływie.”

Ponadto zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w ww. opinii z sytuacją, w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, mamy do czynienia - w świetle art. 46 ust. 4a ustawy - w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez

zamawiającego, wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań.

Jednakże należy tu wskazać, iż stanowisko to dotyczy niemożności uzupełnienia żądanego w ramach wezwania konkretnego dokumentu, a wykonawca takiego dokumentu nie może posiadać ze względu na fakt, iż warunku udziału w postępowaniu materialnie nie spełnia. Nie dotyczy natomiast sytuacji, w której wykonawca ma możliwość uzupełnienia żądanego w ramach uzupełnień dokumentu (spełnia warunek, którego dokument dotyczy), a odstępuje od uzupełnienia tego dokumentu samodzielnie oceniając, że nie spełnia innych warunków udziału w postępowaniu (takich, których wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie dotyczyło).

Tymczasem w rozpatrywanym przypadku, co należy podkreślić, odwołujący był wzywany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy OC, a nie dokumentów potwierdzających posiadanie koncesji na obrót paliwami płynnymi. Odwołujący nie usiłował nawet wykazać, iż warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie spełniał i z tego względu nie mógł uzupełnić dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy. Przyjąć więc można, iż dokument taki mógł z łatwością, dochowując należytej staranności, we wskazanym terminie zamawiającemu dostarczyć. Nie zasługuje na aprobatę usiłowanie odwołującego zmierzające do wykazania, iż zaniechanie uzupełnienia jednego dokumentu (do którego uzupełnienia został wezwany) nie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie (nie nastąpiło z jego winy), a to z racji na fakt, iż nie mógłby uzupełnić innego dokumentu (takiego, do którego uzupełnienia nie był na tym etapie postępowania wzywany). Przy czym na marginesie zaznaczyć należy, iż wezwanie do wyjaśnienia określonych kwestii i brak przedstawienia wyjaśnień nie rodzi żadnych samoistnych, negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, związanych z jego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub utratą wadium.

Następnie Izba wskazuje, iż odwołujący nie wykazał również żadnych innych okoliczności dowodzących, iż niezłożenie dokumentu, do którego uzupełnienia został wezwany nie nastąpiło z jego winy – konkretnie nieprawidłowości w przekazaniu mu wezwania do uzupełnienia. Odwołujący na rozprawie wycofał się z podnoszenia, iż ww. wezwanie otrzymał faksem na numer inny niż wskazany przezeń w ofercie, jak

też z podnoszenia okoliczności, iż w ślad za faksem, powyższe wezwanie nie zostało mu doręczone pocztą.

Tym samym Izba przyjęła jako bezsporną okoliczność, iż wezwanie do uzupełnienia dowodu opłacenia polisy OC dotarło do odwołującego w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, w terminie umożliwiającym wykonawcy uzupełnienie żadanego dokumentu, a zarzuty odwołania z tym związane uznała za niezasadne.

Reasumując, Izba nie uwzględniła żadnego zarzutu odwołania, w szczególności potwierdziła prawidłowość zatrzymania przez zamawiającego wadium wniesionego przez odwołującego w okolicznościach zaistniałych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Nie przyznano kosztów zastępstwa procesowego wnioskowanych przez zamawiającego w związku z brakiem przedstawienia rachunków potwierdzających ich poniesienie, o których mowa w ww. przepisie.

**Przewodniczący:** .....