

Sygn. akt KIO/UZP 1756/09

WYROK
z dnia 2 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 2. Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, adres dla lidera konsorcjum: ul. Spacerowa 2, 44-266 Świerklany** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. Kabaty 2, 34-300 Żywiec** protestu z dnia 4 listopada 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 2. Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, adres dla lidera konsorcjum: ul. Spacerowa 2, 44-266 Świerklany i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 2. Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, adres dla lidera konsorcjum: ul. Spacerowa 2, 44-266 Świerklany,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **589 zł 50 gr** (słownie: pięćset osiemdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 2. Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, adres dla lidera konsorcjum: ul. Spacerowa 2, 44-266 Świerklany** na rzecz **Związku Międzygminnego ds. Ekologii, ul. Kabaty 2, 34-300 Żywiec** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu oraz dojazdu na posiedzenie,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 2. Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, adres dla lidera konsorcjum: ul. Spacerowa 2, 44-266 Świerklany.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Międzygminny Związek ds. Ekologii w Żywcu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Radziechowy – Wieprz.

Pismem z 29 października 2009 r. zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o. o. z siedzibą w Świerklanach oraz Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych Franciszek Bandura z siedzibą w Pawłowicach, o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą”, co stało się przyczyną wniesienia odwołania poprzedzonego protestem. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu zatrzymanie wadium z innych przyczyn, niż wskazane w ustawie – naruszenia art. 46 ust. 4 a i ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy. Wniósł o unieważnienie czynności zatrzymania wadium, tym samym wykluczenia go z postępowania i uznania oferty za odrzuconą oraz o zwrot kosztów na podstawie rachunków przedłożonych na rozprawie. W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że jego oferta została odrzucona, z czym się zgodził, natomiast wraz z ofertą złożył wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty, żądane przez zamawiającego zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy. Wywiódł, że każda z osób wskazanych w załączniku Nr 4 do oferty posiada oczekiwane przez zamawiającego doświadczenie liczone w latach. Odwołujący się ocenił, że zamawiający uprawniony był, co najwyżej, do wyjaśniania treści załącznika nr 4, nie zaś wezwania do jego uzupełniania, w szczególności z powodu braku precyzyjnego opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwań w stosunku do doświadczenia wskazywanych osób, co nie powinno obciążać wykonawców. Odwołujący się zakwestionował również brak skuteczności oświadczenia zamawiającego o zatrzymaniu wadium, z uwagi na brak umocowania składającego je Pana Jakuba R, zaś dodatkowo, w odwołaniu, również możliwość składania oświadczeń w swoim imieniu przez Ksawerego P. Podnosił również brak pouczenia w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów o możliwości utraty wadium w razie ich niezłożenia oraz sprzeczną z przepisami niejednoczesność dokonania czynności wykluczenia oraz zatrzymania wadium, po upływie terminu na wniesienie protestu wobec czynności wykluczenia, co uniemożliwiło mu wnoszenie środków ochrony prawnej.

Bezpodstawność zatrzymania wadium odwołujący się wywodził powołując cel wniesienia wadium – zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz cel ustanowienia art. 46 ust. 4 a ustawy – zapobieganie znikom wykonawców. Powoływał ponadto, iż brak uzupełnienia przez niego dokumentów nie spowodował powstania szkody po stronie zamawiającego oraz wskazał na dysproporcję sankcji, w postaci utraty wadium, w stosunku do zaniechania uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący się wywodził ponadto, że naruszone zostały zasady wynikające z przepisów kodeksu cywilnego, sprzeczność czynności zamawiającego z art. 5 k. c, fakt bezpodstawnego wzbogacenia się zamawiającego. Powoływał również, że celem

postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś pozyskanie przez zamawiającego korzyści majątkowej, a skoro wybór oferty najkorzystniejszej został już dokonany, to zaniechanie odwołującego się, który wymaganych dokumentów nie złożył, pozostaje bez wpływu na jego wynik postępowania.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 5 listopada 2009 r. (pismem z 4 listopada 2009 r.), odwołanie 19 listopada 2009 r. (pismo z 19 listopada 2009 r.) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania 19 listopada 2009 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

Zamawiający pismem z 10 listopada 2009 r. przekazany za pośrednictwem faksu 19 listopada 2009 r. odrzucił protest w zakresie wykluczenia odwołującego się i odrzucenia jego oferty natomiast oddał protest w części dotyczącej zatrzymania wadium. Zamawiający przyznał odwołującemu się interes prawny z uwagi na prowsólnotową wykładnię art. 179 ust. 1 ustawy obejmującą swym zakresem również możliwość doznania przez wykonawcę szkody wskutek czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że nie odrzucił oferty odwołującego się, lecz wykluczył go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, z powodu niezuzpełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, mimo uprzedniego wezwania stosownie do drugiego z przywoływanych przepisów. Zamawiający powołał daty dokonywania czynności w postępowaniu i wywiódł, że obecnie z uwagi upływ terminów ustawowych nie jest możliwe kwestionowanie czynności dokonania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy oraz czynności wykluczenia. Zamawiający uznał za jednoznaczne postanowienia siwz dotyczące długości wymaganego okresu doświadczenia, podnosząc również, że odwołujący się nie występował o ich wyjaśnianie. Zamawiający wywiódł, że przepisy nie nakładają na niego obowiązku informowania w treści wezwania, że brak złożenia wskazanych oświadczeń lub dokumentów przyniesie skutek w postaci zatrzymania wadium. Powołał się również na fakt, że sankcja ta winna być odwołującemu się znana z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 28 oraz 12.2.2.f) IDW., zaś późniejsze, w stosunku do czynności wykluczenia, zatrzymanie wadium, spowodowane było oczekiwaniem na informacje dotyczące przyczyn niezuzpełnienia dokumentów. Zamawiający stwierdził, że nie uchybił przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, gdyż zatrzymanie wadium było jego obowiązkiem ustawowym.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 czerwca 2009 r. pod numerem 2009 – 073987.

Pismem z 29 września 2009 r. (odebrany 1 października 2009 r.) zamawiający wezwał odwołującego się na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających dysponowanie osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia lub przedstawienia zobowiązania innych podmiotów do ich udostępnienia, wyznaczając w tym celu termin 5 października 2009 r. godz. 15.00.

Odwołujący się nie złożył żądanych oświadczeń w wymaganym terminie, ani też nie wniósł protestu wobec czynności wezwania. Zamawiający pismem z 13 października 2009 r. (odebrany 15 października 2009 r.) wykluczył odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z powodu nie spełniania wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 9.1.3.a IDW, z powołaniem w treści informacji na dokonanie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Powołane pismo z 13 października 2009 r. zawierało również informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący się nie wnosił środków ochrony prawnej wobec wykluczenia go z postępowania.

Pismem z 22 października 2009 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego się o złożenie wyjaśnień dotyczących przyczyn braku uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. W odpowiedzi odwołującego się udzielonej 23 października 2009 r., podpisanej przez Ksawerego P, zawarte zostało sformułowanie, że nastąpiło to skutkiem przeoczenia.

29 października 2009 r. zamawiający poinformował odwołującego się o zatrzymaniu wadium w kwocie 300.000. zł.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia - pkt 28 oraz 12.2.2.f) IDW przywołują treść art. 46 ust. 4 a ustawy.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz powoływanych pism stron.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie należy oddalić.

Odwołujący się nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Przywołany przepis stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu

zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, zgodnie z którym, interes prawny może być rozumiany, bądź jako wnoszenie środków ochrony prawnej w celu zapewnienia możliwości uznania oferty złożonej przez wnoszącego je wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny *sensu stricto*), bądź też jako wnoszenie środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, kontroli legalności decyzji zamawiającego prowadzącej do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny *sensu largo*).

Przedstawione szerokie rozumienie interesu prawnego uwzględnia prowsópnotową wykładnię art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż zakłada ona, iż wykonawcy, którzy nie mogą uczestniczyć w postępowaniu wskutek nieprawidłowości w działaniach zamawiającego, posiadają interes prawny w uzyskaniu zamówienia, o ile wykażą, że domniemanie nieprawidłowości wiąże się z poniesionym przez nich lub grożącym im uszczerbkiem. Art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych, stanowi, że procedury odwoławcze winny być dostępne, co najmniej dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, i która została poszkodowana lub jest zagrożona poszkodowaniem w wyniku domniemanego naruszenia. W doktrynie podnosi się, że art. 1 ust. 3 dyrektywy dotyczy wykonawców, którzy uczestniczyli w postępowaniu prowadzonym z naruszeniem przepisów, wskutek czego nie uzyskali zamówienia lub którzy nie zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego również na nieprawidłowym wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty (*vide*: Aleksandra Sołtysińska *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Zakamycze* 2006 str. 774).

Z powyższego wynika zatem, że uszczerbek w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, nawet przy odwołaniu się do regulacji dyrektywy, jest w każdym przypadku immanentnie związany ze statusem uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia: utratą możliwości uzyskania zamówienia bądź niedopuszczeniu do udziału w postępowaniu lub eliminacji z kręgu wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W okolicznościach sprawy, odwołujący się nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż został wykluczony z postępowania z następującym *ex lege* skutkiem w postaci odrzucenia oferty (art. 24 ust. 4 ustawy), a termin na wniesienie protestu wobec tej czynności zamawiającego upłynął. Obecnie odwołujący się dąży do wzruszenia czynności wykluczenia go z postępowania, pociągającej za sobą skutek w

postaci uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, podważając prawidłowość czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Terminy do wnoszenia środków odwoławczych określone w ustawie Prawo zamówień publicznych są terminami zawitymi, które nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu powoduje wygaśnięcie prawa. Obecnie nie jest możliwe kwestionowanie przez odwołującego się czynności wykluczenia go z postępowania, ani też poprzedzających je czynności zamawiającego w postaci oceny oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Podnoszenie zarzutów wobec późniejszej decyzji o zatrzymaniu wadium, związanej z wykluczeniem, nie może prowadzić do badania prawidłowości czynności wykluczenia, która nie została zaskarżona w ustawowym terminie. Brak pouczenia przez zamawiającego, że wykluczenie odwołującego się przynieść może skutek w postaci utraty wadium, nie prowadzi do przeciwnej oceny. Po pierwsze: przepisy ustawy nie statuują przywoływanego obowiązku informacyjnego zamawiającego. Po drugie: prowadziłyby to *de facto* do przywrócenia terminu na wniesienie środków ochrony prawnej wobec czynności wykluczenia, co stanowiłoby obejście prawa.

Stwierdzić zatem należy, że wykonawca podnoszący samoistny zarzut bezprawnego zatrzymania wadium nie posiada interesu prawnego zarówno w jego klasycznym rozumieniu (*sensu stricto*), czyli wnoszenia środków ochrony prawnej w celu stworzenia podnoszącemu zarzuty wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia publicznego w konkretnym postępowaniu, jak i w znaczeniu szerokim (*sensu largo*) – wnoszeniu środków ochrony prawnej celem zapewnienia prawidłowości, zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych przebiegu procedury udzielania zamówienia, czego rezultatem ma być zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bezprawne zatrzymanie wadium nie ma żadnego skutku dla ważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatrzymanie wadium stanowi następstwo wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodów ściśle określonych, ma zatem charakter akcesoryjny, nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz stanowi skutek, konsekwencję czynności wykluczenia – czynność związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Brak też jest jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania – wyborem oferty najkorzystniejszej a czynnością zatrzymania wadium.

Zatrzymanie wadium stanowi uszczerbek w interesie majątkowym wykonawcy, szkodę, która w okolicznościach sporu z uwagi na wysokość kwoty wadium, może być uznana za znaczącą. Jednak postępowanie odwoławcze nie jest właściwą drogą do dochodzenia szkody przez wykonawcę. Art. 46 ust. 4 a ustawy uzależnia możliwość zatrzymania wadium od braku uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów z przyczyn zawinionych przez

wykonawcę. Wina, o której mówi przywołany przepis, jest pojęciem prawa cywilnego z mocy art. 415 k.c. w związku art. 14 ustawy.

Właściwą drogą dochodzenia zwrotu wadium jest postępowanie przed sądem powszechnym. Wskazał na to poniekąd sam odwołujący się wywodząc, że zamawiający bezpodstawnie wzbogacił się jego kosztem, gdyż uzyskał przysporzenie majątkowe bez podstawy prawnej (art. 405 i nast. k. c.)

Reasumując stwierdzić należy, że postępowanie odwoławcze nie jest właściwą drogą dochodzenia zwrotu zatrzymanego wadium, zaś odwołujący się, który nie wnosił środków ochrony prawnej wobec czynności wykluczenia utracił status wykonawcy i obecnie podnosząc zarzut bezprawnego zatrzymania wadium nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Prezentowane stanowisko dotyczące braku interesu prawnego w podnoszeniu zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium przez wykonawcę, który nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzone jest również w orzeczeniach sądów powszechnych (np. wyrok Sądu Okręgowego dla Warszawy – Pragi z dnia 23 listopada 2009 roku, sygn. akt IV 891/09, Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 15 października 2009 r. sygn. akt. V Ga_z 48/09 niepubl.).

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu i dojazdu pełnomocnika zamawiającego w wysokości 589 zł 50 gr na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886),

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....