

WYROK
z dnia 11 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "GAMAR" Sp. z o.o., ul. Rybnicka 1B, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wodzisławiu Śląskim, ul. Marklowicka 15, 44-300 Wodzisław Śląski,

przy udziale **Wykonawcy** - Geobud T.B.M. Sp. z o.o., ul. Boczna 6, 44-240 Żory, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "GAMAR" Sp. z o.o., ul. Rybnicka 1B, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "GAMAR" Sp. z o.o., ul. Rybnicka 1B, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r.) 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

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wodzisławiu Śląskim, ul. Marklowicka 15, 44-300 Wodzisław Śląski, zwany dalej „zamawiającym” prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia na *Budowę kanalizacji sanitarnej w ramach Projektu Ochrona wód dorzecza Górnej Odry w zlewni oczyszczalni ścieków Karkoszka II w Wodzisławiu Śląskim - rozszerzenie zakresu* - ETAP II. Zamówienie było podzielone na trzy części, ofertę dotyczącą części 1, 2 i 3 złożył wykonawca – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "GAMAR" Sp. z o.o., ul. Rybnicka 1B, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, zwany dalej „odwołującym”.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- 1) bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na Budowę kanalizacji sanitarnej w ramach Projektu Ochrona wód dorzecza Górnej Odry w zlewni oczyszczalni ścieków Karkoszka II w Wodzisławiu Śląskim - rozszerzenie zakresu” - ETAP II w zadaniach oznaczonych jako część 1, 2 i 3,
- 2) bezpodstawne uznanie za odrzuconą oferty Odwołującego wykonawcy dotyczącej zadań oznaczonych jako część nr 1,2,3 w postępowaniu o udzielenie zamówienia na *Budowę kanalizacji sanitarnej w ramach Projektu Ochrona wód dorzecza Górnej Odry w zlewni oczyszczalni ścieków Karkoszka II w Wodzisławiu Śląskim - rozszerzenie zakresu*” - ETAP II,
- 3) wybór w zadaniu oznaczonym jako część 1, w postępowaniu, o którym mowa w pkt.1 powyżej, oferty Konsorcjum w składzie: ZISCO sp. z o.o. sp. k. (Lider Konsorcjum), ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych CO F..... B..... (Partner Konsorcjum), HYDROMEX PLUS Z..... sp.j. (Partner Konsorcjum) jako najkorzystniejszej,
- 4) wybór w zadaniu oznaczonym jako część 2, w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 1 powyżej, oferty Zakładu Robót Specjalnych Budowlanych sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 5) wybór w zadaniu oznaczonym jako część 3, w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 1 powyżej, oferty Konsorcjum w składzie: GEO-BUD- T.B.M. sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz ZPUH „MULTIDOMEX” J.C.....- A. T..... sp.j. jako najkorzystniejszej,
- 6) bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów tudzież złożenia wyjaśnień w zakresie wymaganego przez SIWZ (rozdz. 9 ust. 3 lit. d) zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o braku zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,

7) bezpodstawne zatrzymanie wadium Odwołującego wykonawcy.

Podnosząc powyższe zarzuty wskazał na naruszenie następujących przepisów:

a) art. 24 ust. 4 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej również jako Pzp) w związku z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a to poprzez:

- wykluczenie Odwołującego wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo braku uprzedniego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a które Odwołujący wykonawca mógł uzupełnić,
- błędne utożsamianie przez Zamawiającego procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów uregulowanej w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z procedurą aktualizacji oferty w wyniku zmian warunków przetargowych wprowadzanych przez Zamawiającego,
- pominięcie okoliczności, iż pierwotny termin składania ofert upływał w dniu 18 grudnia 2013r., w związku z czym zaświadczenie ZUS z dnia 19 września 2014r. przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą było zaświadczeniem prawidłowym,
- nieuwzględnienie okoliczności, iż w piśmie z dnia 12 lutego 2014r. Odwołujący, potwierdził Zamawiającemu, że dysponuje żądanym przez Zamawiającego dokumentem (zaświadczeniem o braku zaległości z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) wystawionym nie wcześniej niż 3 miesiące przed zmienionym dniem składania ofert (3 stycznia 2014r.),

b) art. 24 ust. 4 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej również jako Pzp) w związku z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 44 ust. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych, a to poprzez:

- wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia oferty, która była ofertą najkorzystniejszą w zadaniu nr 1 według przyjętych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów oceny,

c) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w związku z art. 44 ust. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych, polegające na:

- zaniechaniu wezwania Odwołującego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, tudzież złożenia wyjaśnień w następstwie pisma Odwołującego z dnia 12 lutego 2014r.,
- pominięcie treści oświadczenia Odwołującego wykonawcy wyrażonego w piśmie z dnia 12 lutego 2014r.,
- wezwaniu Odwołującego wykonawcę do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego dopiero po wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i zatrzymaniu wadium,

d) art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na:

- zatrzymaniu wadium Odwołującego wykonawcy, pomimo tego, iż Odwołujący w odpowiedzi na „wezwanie do uzupełnienia dokumentów” nie pozostał bierny, ale pismem z dnia 12 lutego 2014r. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi i złożył żądane dokumenty,

e) art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty spośród nie wszystkich ofert, które winny podlegać merytorycznej ocenie.

Wskazując na powyższe uchybienia wniósł o:

- 1) *unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach oznaczonych jako część 1, 2 i 3 postępowania o udzielenie zamówienia na Budowę kanalizacji sanitarnej w ramach Projektu Ochrona wód dorzecza Górnej Odry w zlewni oczyszczalni ścieków Karkoszka II w Wodzisławiu Śląskim - rozszerzenie zakresu" - ETAP II,*
- 2) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego wykonawcy,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów - w zakresie zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o braku zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych,
- 5) przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przetargowej, a w szczególności dowodu ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego wykonawcy, korespondencji między stronami, na okoliczność treści tych dokumentów i podjętych przez strony czynności, przeprowadzenie pozostałych dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący, podał, że w zakresie zadania oznaczonego jako część 1 oferta odwołującego wykonawcy była ofertą najkorzystniejszą zważywszy na przyjęte w SIWZ kryteria oceny ofert. Odrzucenie oferty odwołującego pozbawiło go tym samym możliwości zawarcia umowy i realizacji zamówienia. Gdyby odwołujący wykonawca nie został wykluczony, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Czynności zamawiającego wyrażające się w wykluczeniu odwołującego wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty stanowiły podstawę zatrzymania wadium, co oznacza, iż wyrządzają szkodę wykonawcy. Wskazał, że swoją ofertę złożył w dniu 3 stycznia 2014 r., czyli w dniu upływu terminu składania i otwarcia ofert. W dniu 3 lutego 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o braku w ofercie ważnego zaświadczenia z ZUS i w tym zakresie wezwał do uzupełnienia. Zdaniem odwołującego było to wezwanie nieprawidłowe, w szczególności mało precyzyjne. Składało się z dwóch części, tj. informacji o nieaktualności zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS oraz wezwaniu do uzupełnienia wartości robót budowlanych. Podaje, że wezwanie do uzupełnienia wartości robót budowlanych było czytelne i precyzyjne, natomiast w co do zaświadczenia z ZUS zawierało bardziej informacje niż żądanie do złożenia przez wykonawcę określonego dokumentu. Ponadto zamawiający nie poinformował odwołującego,

że brak złożenia stosownych zaświadczeń czy dokumentów wiąże się z określonymi konsekwencjami dla wykonawcy- w tym możliwości wykluczenia go z postępowania czy zatrzymania wadium. W dniu 12 lutego 2014 r. odwołujący w odpowiedzi na powyższe pisma przedłożył zaświadczenie z ZUS. Pismo z ZUS według okazanej dokumentacji informowało, iż odwołujący nie posiada zaległości na dzień 17 stycznia 2014 r. Jednakże pismo przewodnie z dnia 12 lutego 2014 r., że w punkcie 1 odpowiedzi wskazywało na to, że odwołujący przekazuje aktualne zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu z opłacaniem składek. Wywodził z tego, że intencją odwołującego było złożenie zaświadczenia ZUS z dnia 14 listopada 2013 roku, a nie z dnia 17 stycznia 2014 r.

Kolejnym pismem z 18 lutego 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Pismo takie otrzymał także Odwołujący i wynikało z niego, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, a jego ofertę uznał za odrzuconą.

W dniu 24 lutego 2014 r. odwołujący otrzymał pismo od zamawiającego informujące go o zatrzymaniu wniesionego wadium. Zwrócił uwagę, że zamawiający nie wzywał go do złożenia wyjaśnień, dlaczego pomimo zadeklarowania w piśmie z dnia 12 lutego 2014 roku złożenia aktualnego zaświadczenia z ZUS, zostało złożone zaświadczenie z niewłaściwej daty. Pismem z 26 lutego 2014 r. odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o nie zatrzymywanie wadium z jednoczesnym złożeniem właściwego zaświadczenia ważnym na dzień 14 listopada 2013 r., a więc biorąc pod uwagę 3 miesięczny okres jego ważności wykazywało, że odwołujący nie zalegał ze składkami do ZUS na dzień otwarcia ofert. Nadto odwołujący dodatkowo przedłożył wraz z ww. pismem informację z ZUS, że na dzień 3 stycznia 2014 r. nie zalegał z opłacaniem składek na ZUS.

Powyższy stan faktyczny był niesporny pomiędzy stronami, co strony oświadczyły do protokołu rozprawy.

Wyjaśniając brak przedłożenia właściwego zaświadczenia z ZUS podał, że czynność (przedłożenia zaświadczenia z dnia 17 stycznia 2014r. do pisma z dnia 3 lutego 2014r.) została wykonana podczas nieobecności Specjalisty ds. przetargów, tj. jedynej osoby odpowiedzialnej za przeprowadzanie procedur przetargowych w Spółce „GAMAR”. Osoba ta w okresie od dnia 25.01.2014r. do dnia 16.02.2014r przebywała na zwolnieniu lekarskim. Pracownik administracyjno-biurowy działając w zastępstwie nieobecnego Specjalisty ds. przetargów, przedkładając dokument z ZUS z dnia 17 stycznia 2014r. był przekonany, iż dokument ten spełnia wymogi określone w piśmie Zamawiającego nr JRP/590/2014 z dnia 3 lutego 2014r. i że to ten dokument należy przedłożyć. Tymczasem w ślad za oświadczeniem Prezesa Zarządu PW „GAMAR” Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2014r. o uzupełnieniu dokumentów, przedłożyć miał zaświadczenie z ZUS z dnia 14 listopada 2013r. Z tej sytuacji odwołujący wywodził, że wobec zajścia nieprzewidzianych w postępowaniu odwołującego zdarzeń ww., zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do wykluczenia odwołującego

wykonawcy z udziału w postępowaniu i zatrzymania wadium. Nadto dodał, że w zakresie przedkładania zaświadczenia z ZUS, ze względu na przesunięcie przez zamawiającego terminu składania ofert następowała jako aktualizacja dokumentów oferty, a nie ich uzupełnianie.

Stwierdził, że sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty jest właściwa wówczas, gdy wykonawca w odpowiedzi na prawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, nie udziela zamawiającemu odpowiedzi, bądź też z odpowiedzi wykonawcy wynika, iż żądanymi przez zamawiającego dokumentami nie dysponuje.

W tej sprawie przesłanki do wykluczenia wykonawcy nie zaistniały. Odwołujący przedłożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami z ZUS z datą na dzień 17 stycznia 2014r. Nawet jeśli z zaświadczenia tego nie wynikał stan istniejący na zmieniony dzień upływu terminu składania ofert, to nie było jakichkolwiek przeszkód, aby wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, tudzież do ponownego uzupełnienia dokumentów. Stwierdził, że zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów tudzież wyjaśnienia stanowiska zawartego w piśmie odwołującego z dnia 12 lutego 2014r. doprowadziło do eliminacji oferty najkorzystniejszej finansowo dla zamawiającego w zadaniu nr 1, co jest nie do pogodzenia z zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wykluczono bowiem wykonawcę, który spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu w terminie składania ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Na wstępie odpowiedzi zwrócił uwagę na fakt, że odwołujący nie ma interesu o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp w zakresie zaskarżenia czynności zamawiającego, odnoszących się do zadań oznaczonych jako część 2 i 3 zamówienia, polegających na: wykluczeniu odwołującego z postępowania; uznaniu ofert odwołującego za odrzucone; wyboru w zadaniu oznaczonym jako część 2 oferty Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej; wyboru w zadaniu oznaczonym jako część 3 oferty Konsorcjum w składzie: Lider Konsorcjum: GEO-BUD-T.B.M. Sp. z o.o. i Partner: ZPUH „MULTIDOMEX” J.C.....-A.T..... Sp J. jako najkorzystniejszej.

Stwierdził, że oferty odwołującego na zdania oznaczone jako części 2 i 3 były bowiem trzecimi w kolejności ofertami, które zawierały najniższą cenę, biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert - cenę. Wskazane wyżej czynności zamawiającego nie naruszają zatem interesu odwołującego, skoro nawet w przypadku poddania ofert odwołującego merytorycznej ocenie, zamówienie nie zostałoby odwołującemu udzielone.

Podał, że odwołanie opiera się na błędnym twierdzeniu odwołującego, że zamawiający rzekomo utożsamiał tryb wezwania do uzupełnienia dokumentów uregulowany w

art. 26 ust. 3 ustawy PZP z uprawnieniem zamawiającego do wprowadzenia zmiany do treści ogłoszenia, powodującej przedłużenie terminu składania ofert (art. 12a ustawy PZP). Stwierdził, że pierwotny termin składania ofert zamawiający wyznaczył na dzień 18 grudnia 2013 roku. Następnie zamawiający dokonał zmian do treści ogłoszenia w ten sposób, że termin składania ofert został przesunięty na dzień 3 stycznia 2014 roku. Było oczywistym, że oferty wszystkich wykonawców powinny być spełniać na dzień 3 stycznia 2014 roku warunki udziału w postępowaniu bez odrębnego wezwania przez zamawiającego w tym zakresie.

Przepisy ustawy Pzp nie przewidują wskazywanego przez odwołującego trybu aktualizacji oferty przez zamawiającego. Wskazał, że wezwanie odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było jasne i precyzyjne, w tym zawierało pouczenie dla odwołującego, że przedłożony dokument powinien potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Podniósł, że jeśli odwołujący kwestionował czynność zamawiającego polegającą na dokonaniu zmian do treści ogłoszenia i przesunięciu terminu składania ofert, jak również czynność wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów to mógł w tym zakresie skorzystać ze środków ochrony prawnej, czego nie uczynił. Z kolei próba podjęcia zakwestionowania tych czynności dopiero na obecnym etapie postępowania, tj. po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, jest dalece spóźniona. Jeżeli zatem odwołujący uważał, że doszło do utożsamienia procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z rzekomą procedurą aktualizacji oferty w wyniku wprowadzonych przez zamawiającego zmian, to w takim wypadku powinien był po otrzymaniu wezwania z dnia 3 lutego 2014 roku, JRP/590/2014, wnieść na taką czynność odwołanie. Podał, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedłożył zaświadczenie ZUS potwierdzające brak zaległości na dzień 17 stycznia 2014 roku, w sytuacji kiedy termin składania ofert przypadał na dzień 3 stycznia 2014 roku. Zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę oświadczenia Prezesa Odwołującego zawartego w treści pisma z dnia 12 lutego 2014 roku, gdyż zgodnie z §3 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U, 2013 poz. 231), brak podstaw do wykluczenia z postępowania może być wykazany jedynie poprzez przedłożenie aktualnego zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne. czynność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny w stosunku do tego samego dokumentu. W kontekście tego zamawiający nie posiadał uprawnienia do ponownego wezwania odwołującego do przedłożenia aktualnego zaświadczenia ZUS, skoro odwołujący w zakresie tego dokumentu był już przez zamawiającego wzywany. Zaaprobowanie stanowiska odwołującego, który wskazuje na konieczność wielokrotnego

wzywaniu w zakresie przedmiotowego dokumentu (zaświadczenia ZUS), oznaczałoby naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Bezwzględny obowiązek zamawiającego było zatem wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 pkt 2 ustawy PZP, a w konsekwencji tego, oferta odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp musiała być uznana za odrzuconą.

W wskazanych okolicznościach doszło do zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego. Zamawiający po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, pismem z dnia 24 lutego 2014 roku, JRP/863/2014, zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a w zw. Z art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Zamawiający podejmując decyzję o zatrzymaniu wadium zobowiązany był uwzględnić stan rzeczy istniejący w momencie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w piśmie z dnia 12 lutego 2014 roku, a więc w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie udowodnił, że nieprzedłożenie wymaganego dokumentu wynikało z przyczyn niezależnych od odwołującego. Tymczasem zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ciężar udowodnienia przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy spoczywał w całości na odwołującym. Późniejsze przytaczanie twierdzeń i dowodów w tym zakresie, tj. po zatrzymaniu przez zamawiającego wadium, było spóźnione.

Stwierdził, że odwołujący wbrew art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w przedmiotowym odwołaniu podejmuje nieuprawnioną próbę przerwania ciężaru dowodowego w zakresie udowodnienia przyczyn niezłożenia wymaganego dokumentu na zamawiającego.

Przystępujący wykonawca - Geobud T.B.M. Sp. z o.o., ul. Boczna 6, 44-240 Żory, po stronie zamawiającego nie stawiał się na rozprawę pomimo prawidłowego zawiadomienia, nie przedłożył również na piśmie stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej na I część zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie

odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia na tą część, biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego dotyczącego braku interesu odwołującego w zakresie zaskarżenia czynności zamawiającego odnoszących się do zadań oznaczonych jako część 2 i 3 zamówienia, polegających na wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz uznaniu ofert odwołującego za odrzucone, a także wyboru w tych zadaniach ofert innych niż odwołujący wykonawców, Izba stwierdza, że złożony wniosek jest zasadny.

Jak zamawiający wykazał, a odwołujący nie oponował, oferty odwołującego na zdania oznaczone jako części 2 i 3 były bowiem trzecimi w kolejności ofertami, przy kryterium - najniższa cena, biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert - cenę. Mimo, że oferty odwołującego na te części zamówienia nie podlegały ocenie, to biorąc pod uwagę cenę złożonych ofert, byłyby sklasyfikowane na trzecim miejscu w rankingu ofert.

Tym samym dla wykazania posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia w ww. zakresie odwołujący, winien był podnieść wobec ofert, sklasyfikowanych na pierwszy i drugim miejscu zarzuty merytoryczne, tak aby dążąc do wyeliminowania tych ofert miał szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący w zarzucie nr 3 i 4 zarzucił tylko wybór ofert najkorzystniejszych na część 2 i 3 zamówienia, natomiast w odwołaniu nie wskazał powodów nie wykluczenia tych wykonawców, bądź nie odrzucenia ich ofert. Podobnie zachował się wobec ofert wykonawców którzy zajęli drugie miejsce w rankingu ofert, przy czym tutaj w odwołaniu brak nawet wzmianki nie, aby te oferty również były nieprawidłowe.

Izba wskazuje, aby wykonawca mógł wykazać posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia w przypadku, kiedy jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą, winien po pierwsze, zakwestionować swoje wykluczenie lub odrzucenie oferty, a po drugie, winien zakwestionować oferty go poprzedzające – korzystniejsze w oparciu o ustalone w SIWZ kryterium oceny i wyboru ofert, przedstawiając konkretne zarzuty (art. 180 ust. 3 Pzp).

Interes wykonawcy w każdym przypadku łączony jest z niemożnością uzyskania zamówienia i w toku postępowania okoliczność ta musi być wykazana, gdyż jest to przesłanka materialno-prawna przesądzająca o skuteczności wniesionego odwołania, czy innego środka ochrony prawnej. Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia, sprowadza się w istocie do wykazania przez odwołującego naruszenia przepisów ustawy oraz związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy naruszeniem ustawy, a niemożnością uzyskania zamówienia. Art. 179 ust. 1 Pzp zawiera samoistne materialno prawne przesłanki warunkujące skuteczność środka ochrony prawnej. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie i doktrynie brak ich ziszczenia, oznacza oddalenie odwołania bez konieczności merytorycznego odniesienia się do podniesionych zarzutów.

W tym postępowaniu odwołujący żadnych zarzutów co do poprzedzających go ofert (część 2 i 3) nie przedstawił, tym samym nie wykazał interesu o którym mowa w art. 179 ust.

1 ustawy Pzp. dlatego też zarzut nr 3 i 4 nie podlega merytorycznej ocenie i nie może zostać uwzględniony. Odwołanie podlega rozpatrzeniu tylko w zakresie tej części zamówienia.

Analizując podniesione zarzuty i żądania wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu zostały podniesione dwa zarzuty, jeden dotyczy niezasadnego zdaniem odwołującego wykluczenia go z postępowania i drugi, dotyczący zatrzymania wadium. Nie może być uznawany za zarzut stanowisko odwołującego o uznaniu oferty za odrzuconą, gdyż w przypadku wykluczenia z postępowania wykonawcy, złożona przez niego oferta zostaje z mocy prawa uznana za odrzuconą (jest skutkiem wykluczenia) i nie ma związku z przyczynami odrzucenia oferty o których w art. 89 ust.1 ustawy Pzp.

W zakresie wykluczenia wykonawcy, wskazać należy, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Także zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, na dzień w którym upływał termin składania ofert.

Poza sporem pomiędzy stronami jest fakt, że w złożone przez odwołującego zaświadczenie z ZUS nie potwierdzało na dzień otwarcia ofert (3 stycznia 2014 roku), odwołujący nie zalegał z zapłatą składek do ZUS. Niewątpliwy jest również, fakt że zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust.3 Pzp odwołującego do przedłożenia zaświadczenia, które potwierdzałoby niezaleganie w opłacaniu składek na dzień otwarcia ofert. Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego jakoby wezwanie zamawiającego z 3 lutego 2014 r. do uzupełnienia dokumentu z ZUS w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było nieprecyzyjne i niezrozumiałe. Potwierdza to sam odwołujący w piśmie z dnia 12 lutego 2014 r. gdzie na wstępie pisma przewodniego podaje iż *przedkłada aktualne zaświadczenie z ZUS*, czego w ostateczności nie wykonał, gdyż złożył nieaktualne do wymagań SIWZ zaświadczenie.

Odwołujący podnosił zarzut, jakoby brak było podstaw do stosowania tylko jednokrotnego wzywania wykonawców w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. gdyż przepis ten nie wprowadza zasady jednokrotności. Izba odnosząc się do tego zarzuty wskazuje, że zasada jednokrotnego wzywania w odróżnieniu od podstawowych zasad procesu udzielania zamówień publicznych – nie znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w przepisach Pzp. Granicę stosowania zasady jednokrotności wezwania, stanowią przede wszystkim podstawowe zasady procesu udzielania zamówień publicznych - zasada szybkości, sprawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców. Dlatego też zasada ta nie może być mechanicznie stosowana do wszystkich stanów faktycznych. Odstąpienie od zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia może uzasadniać uprzedni, wadliwy sposób wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający zobowiązany jest

do szczegółowego opisu braków oraz sprecyzowaniu żądania dotyczącego zakresu prawidłowego uzupełnienia. Instytucja poprawiania błędnych dokumentów opiera się na stwierdzeniu błędu przez zamawiającego, czyli błąd powinien być skonkretyzowany i wskazany przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. Jeżeli zamawiający nie wskaże wszystkich błędów w dokumencie, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, to powinien ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentu.

W tym postępowaniu izba nie miała wątpliwości iż wezwanie skierowane do odwołującego było jasne i precyzyjne, a odwołujący jak opisano powyżej treść wezwania zrozumiał. Natomiast przedstawiana w odwołaniu odmienna interpretacja treści wezwania, jest czyniona tylko na użytek przyjętej linii obrony odwołującego.

Innym zagadnieniem, które Izba rozważała przy wydaniu orzeczenia, jest kwestia dlaczego odwołujący pomimo, iż jak wykazał, posiadał właściwe zaświadczenie z ZUS, ale tego zaświadczenia nie złożył. W konsekwencji spowodowało to sytuację, że po wykluczeniu odwołującego z postępowania, zamawiający był zmuszony wybrać ofertę kolejnego wykonawcy, która była droższa o od oferty odwołującego o ponad 600 tys. zł.

Wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie i terminie wskazanym w wezwaniu zamawiającego z dnia 3 lutego 2014 roku, Izba uznała iż w tej sytuacji wykluczenie odwołującego z postępowania było zasadne.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium, wobec nie uzupełnienia przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie, dokumentu – zaświadczenia z ZUS Izba stwierdza, że zarzut odwołującego w tym zakresie potwierdził się.

Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4 a Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw chyba, iż udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Konsekwencją nieuzupełnienia żądanych dokumentów jest zatrzymanie wadium przez zamawiającego, będące w istocie swoistą sankcją za niewywiązanie się wykonawcy z wykonania wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 07.07.2011 r., II CSK 675/10, LEX 951295 stwierdził, że zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń. Zdaniem tego Sądu, o istnieniu ryzyka z umowy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma regulacja zawarta w art. 46 P.z.p. - można byłoby bowiem mówić jedynie w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, a więc w sytuacji, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego.

Podobne stanowisko wyraził również Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 maja 2010 r. (I ACa 357/10, LEX nr 756566), który wskazał, że sankcja zatrzymania wadium z pewnością nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca odpowiada na wezwania bez zbędnej zwłoki i przedkłada wymagane dokumenty.

W przedmiotowej sprawie stwierdzić należy, że odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego i w wyznaczonym terminie przedłożył żądany dokument, z tym, że dalej nie był to dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert. Tak więc wykonawca nie pozostał bierny wobec wezwania, lecz żądany dokument uzupełnił. Zdaniem Izby stwierdzić należy, że brak złożenia w odpowiedzi na wezwanie aktualnego dokumenty skutkuje, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanki udziału w postępowaniu – nie zalegania z opłata składek ZUS i taki wykonawca podlega wykluczeniu. Niedopuszczalna w świetle brzmienia treści przepisu art. 46 ust.4a jest taka jego interpretacja, że każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego prawa, a jak twierdzi zamawiający – obowiązku, do zatrzymania wadium. Nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być utożsamiane z celowym niezłożeniem dokumentu.

W zakresie stanu prawnego wynikającego z okoliczności faktycznych podanych w art. 46 ust. 4a należy stwierdzić, że złożenie dokumentu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust.3 Pzp, który nie potwierdza spełnienia wymagań wskazanych w SIWZ i wezwaniu, nie może być utożsamiany z niezłożeniem dokumentu w ogóle. Możliwość, a zarazem sankcja zatrzymania wadium aktualizuje się dopiero wówczas, gdy wykonawca celowo mimo wezwania, w ogóle nie składa dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw itp.

Tym samym Izba stwierdza, że w tym postępowaniu zamawiający nadużył swego prawa, zatrzymując wadium. W ustalonym stanie faktycznym brak było podstaw do zatrzymania wadium i czynność ta winna być przez zamawiającego uchylona, a zatrzymane wadium zwrócone. Na marginesie powyższych ustaleń wskazać należy, że pomimo tego iż Izba nie orzekała co do części 2 i 3 zamówienia to jednak wskazać należy, że niewątpliwe jest, że okoliczności zatrzymania wadium na te części są tożsame z podstawą zatrzymania wadium na część 1 zamówienia.

Pomimo uwzględnienia powyższego zarzutu Izba oddaliła odwołanie, gdyż warunkiem możliwości uwzględnienia odwołania (art. 192 ust.2 Pzp), obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów jest stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Przez istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu może doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. (sygn. akt: V Ca 3270/12).

Wynik postępowania winien być rozumiany zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt. 7a Pzp. jako dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie

zamówienia publicznego. W związku ze zmaterializowaniem się czynności wykluczenia odwołującego z postępowania nie ma on możliwości ubiegania się o wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i zawarcia z nim umowy o wykonanie zamówienia. Tym samym uwzględnienie zarzutu dotyczącego niezasadnego zatrzymania wadium nie może mieć wpływu na wynik tego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: