

Sygn. akt: KIO 1790/12

## WYROK

z dnia 5 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa-Ordysińska**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2012 r. przez **Odwołującego** – K..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Projektowanie i usługi techniczne w budownictwie mgr inż. K..... P....., Ul. Pogodna 3/9, 23-210 Kraśnik, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gmina Zakrzówek, ul. Żeromskiego 24, 23-213 Zakrzówek.

### orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Projektowanie i usługi techniczne w budownictwie mgr inż. K..... P.....i, Ul. Pogodna 3/9, 23-210 Kraśnik i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – K..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Projektowanie i usługi techniczne w budownictwie mgr inż. K..... P....., Ul. Pogodna 3/9, 23-210 Kraśnik tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego** – K..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Projektowanie i usługi techniczne w budownictwie mgr inż. K..... P....., Ul. Pogodna 3/9, 23-210 Kraśnik, na rzecz **Zamawiającego** - Gmina Zakrzówek, ul. Żeromskiego 24, 23-213 Zakrzówek, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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

I. Gmina Zakrzówek (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *„Pełnienie obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn: Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Bystrzyca, Zakrzówek, Zakrzówek Wieś, Sułów (aglomeracja Bystrzyca)”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych), a wartość zamówienia oszacowano na 41 310,08 euro.

W dniu 21 sierpnia 2012 r. K..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Projektowanie i usługi techniczne w budownictwie mgr inż. K..... P..... (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wykluczenia Odwołującego, pomimo, że spełnia on wszystkie postawione warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w nawiązaniu do postanowienia § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605, zm. Dz.U. Nr 188/2008, poz. 1155) niejednoznaczne, nie konkretne i budzące wątpliwości sformułowania Zamawiającego w trakcie ustalania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Odwołującego, co uniemożliwiło Odwołującemu wywiązanie się z wymogów wezwania zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych,
- art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą pomimo, iż nie podlegał on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania,
- art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych poprzez nieuprawnione zatrzymanie wadium wraz z odsetkami.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania, ze względu na brak legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania a także wskazywał, że ewentualne uwzględnienie odwołania nie miałyby wpływu na wynik postępowania. W jego ocenie zarówno wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jak i zatrzymanie wadium Odwołującego było zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W trakcie prowadzonego postępowania Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 2 sierpnia 2012 r. do uzupełnienia dokumentów, w szczególności „Wykazu wykonanych usług”. Wymaganie sformułowane w w/w piśmie dot. udokumentowania „co najmniej 1 usługę nadzoru inwestorskiego nad zadaniem inwestycyjnym tożsamym z zadaniem, które jest przedmiotem zamówienia, współfinansowanym ze środków zewnętrznych o wartości robót co najmniej 8 000 000 zł (brutto)” odbiegało zdaniem Odwołującego znacznie od wymogów określonych w pkt. VII. 2. z uzupełnieniem Ad.2 SIWZ. Rozbieżność ta wzbudziła uzasadnione wątpliwości Odwołującego, który zwrócił się do Zamawiającego prawidłowo doręczonym pismem z dnia 3 sierpnia 2012 r. o szczegółowe sprecyzowanie zakresu wymaganego przez Zamawiającego uzupełnienia.

Zdaniem Odwołującego niezgodność wymagań Zamawiającego w wezwaniu i w SIWZ oraz ogólne stwierdzenie Zamawiającego, że załączony dokument nie potwierdza spełnienia warunku posiadania przez Odwołującego niezbędnej wiedzy i doświadczenia uniemożliwiło wywiązanie się Odwołującego w sposób nie budzący wątpliwości z obowiązku uzupełnienia przedmiotowego wykazu. Precyzyjne określenie żądania uzupełnienia obciąża Zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, obowiązkiem Zamawiającego jest konkretyzacja i nie budzące wątpliwości sprecyzowanie wymogów, w sposób, który z jednej strony nie utrudnia uczciwej konkurencji, a z drugiej daje wykonawcy pewność, co do jednoznacznej ich interpretacji podczas oceny spełnienia warunków. Zamawiający winien określić szczegółowo, w czym wymagający uzupełnienia dokument nie spełnia wymagań SIWZ i w związku z tym, co w nim należy uzupełnić. Tym bardziej, że Zamawiający potrafił to sprecyzować i określił braki, które jego zdaniem zawierały załączone referencje w „Informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania” z dnia 13 sierpnia 2012 r.

Zamawiający zignorował prośbę Odwołującego, nie udzielił żadnych wyjaśnień - co wyczerpuje zdaniem Odwołującego znamiona odmowy udzielenia wyjaśnień. Uniemożliwiło to Odwołującemu złożenie odpowiedniego dokumentu lub oświadczenia. Odwołujący uważa, że wyczerpuje to znamiona sytuacji niezłożenia odpowiednich dokumentów lub oświadczeń z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a nie wykonawcy.

Mimo tego Zamawiający pismami z dnia 13 sierpnia 2012 r. (otrzymanymi za pomocą poczty dnia 16 sierpnia 2012 r.) wykluczył Odwołującego z postępowania, wybrał ofertę innego wykonawcy oraz zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium. Dopiero w rozstrzygnięciu przetargu i uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający sprecyzował w sposób nie budzący wątpliwości, czego jego zdaniem brakuje w załączonej przez Odwołującego do oferty referencji. W taki sam sposób Zamawiając potraktował innego wykonawcę biorącego udział w postpowaniu, Zamojską Dyрекcję Inwestycji Sp. z o.o.

Na rozprawie Odwołujący zmodyfikował swoje stanowisko odnośnie spełnienia przez siebie warunków udziału w postępowaniu i zasadności wykluczenia. Mianowicie oświadczył, że gdyby Zamawiający od razu go wykluczył ze wskazaniem faktycznych podstaw wykluczenia to nawet by się nie odwoływał od takiej decyzji, ale skoro było wezwanie niejednoznaczne, to nie dano mu szansy złożenia wyjaśnień, co wyczerpuje znamiona braku możliwości udzielenia odpowiedzi. Przyznał, że gdyby Zamawiający nie zatrzymał wadium, to nie kwestionowałby jego decyzji wynikającej z wykluczenia go z postępowania, które jednak nastąpiło po nieprawidłowym wezwaniu, nie dając mu możliwości uzupełnienia dokumentu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

1. Uznanie odwołania oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jak również unieważnienie wyboru oferty i dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego lub unieważnienie przedmiotowego postępowania.
2. Nakazanie dokonania zwrotu zatrzymanego przez Zamawiającego wadium wraz z odsetkami na konto Odwołującego.
3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed KIO oraz zwrot na rzecz Odwołującego poniesionych przez niego kosztów związanych z postępowaniem.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie jest uzasadnione, nie może jednak zostać uwzględnione ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a to

dlatego, że uwzględnienie słusznie podniesionych zarzutów nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pełni potwierdził się opis stanu faktycznego przedstawiony przez Odwołującego w odwołaniu: Zamawiający wezwał go (i innego wykonawcę) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wezwanie nie konkretyzowało elementów, których nie potwierdzały dotychczas złożone dokumenty; Odwołujący wnioskował o wyjaśnienie, co powinien uzupełnić i w jakim zakresie, Zamawiający wniosek ten zignorował. Ponieważ Odwołujący nie uzupełnił dokumentów, Zamawiający wykluczył go z postępowania i zatrzymał wadium. Rzeczywiste braki w dokumentach Odwołującego, mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zostały wyspecyfikowane dopiero przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 sierpnia, informującym Odwołującego o wyniku postępowania i podstawach wykluczenia go postępowania.

W ocenie Izby nie może budzić wątpliwości, że lakoniczne wezwanie do uzupełnienia dokumentów (Zamawiający w wezwaniu powtórzył fragment opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu z SIWZ, bez jakiegokolwiek sprecyzowania rzeczywistych braków, które dostrzegł w dokumentach załączonych do oferty Odwołującego) nie może rodzić żadnych skutków prawnych, w tym zatrzymania wadium. Dlatego zarzuty podniesione w odwołaniu są uzasadnione: wezwanie do uzupełnienia dokumentów było nieskuteczne, dlatego nie może pociągać za sobą rezultatu w postaci zatrzymania wadium. Przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych nie pozwala na zatrzymanie wadium w sytuacji, kiedy wykonawca udowodni, że zaniechanie uzupełnienia wynikało z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący udowodnił, że nie mógł uzupełnić dokumentów na podstawie wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego. Co więcej, Odwołujący interweniował, aby uzyskać bliższe informacje co do zakresu wezwania, lecz Zamawiający wniosek Odwołującego o dookreślenie wezwania zignorował. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, zatrzymanie wadium było niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych i Zamawiający powinien wadium zwrócić.

Jednak Izba nie mogła uwzględnić odwołania, a to ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Bowiem jeżeli nawet by uznać, że Odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania w związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, to odwołania nie można byłoby uwzględnić, ponieważ nie miałyby to wpływu na wynik postępowania. Odwołujący bowiem na rozprawie oświadczył, że gdyby Zamawiający

od razu go wykluczył z postępowania ze wskazaniem faktycznych podstaw wykluczenia, to nawet by się nie odwoływał od takiej decyzji, ale skoro wezwanie było niejednoznaczne, to nie dano mu szansy złożenia wyjaśnień, co wyczerpuje według niego znamiona braku możliwości udzielenia odpowiedzi. Przyznał, że gdyby Zamawiający nie zatrzymał wadium, to nie kwestionowałby jego decyzji wynikającej z wykluczenia go z postępowania, które jednak nastąpiło po nieprawidłowym wezwaniu, nie dając mu możliwości uzupełnienia dokumentu.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący, którego oferta była druga w rankingu ofert, de facto potwierdził, że nie kwestionowałby decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, gdyby nie wynikała z nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów i nie wiązała się z zatrzymaniem wadium, a więc - akceptuje on fakt wykluczenia go z postępowania. Zatem, choć Odwołujący ma rację co do zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów i w konsekwencji – bezpodstawnego zatrzymania wadium, to odwołania nie można uwzględnić, ponieważ naruszenia te nie mają żadnego wpływu na wynik postępowania. Tym bardziej nie można uwzględnić wniosku Odwołującego o unieważnienie postępowania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:**

.....



