Sygn. akt: KIO 1385/19

WYROK

z dnia 1 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19.07.2019 r. przez wykonawcę Integrated Solutions Spółka z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej pn.: „Dostawa oprogramowania biurowego dla Jednostek Administracji Państwowej" (znak 2019/14)

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - Integrated Solutions Spółka z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Integrated Solutions Spółka z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od odwołującego - Integrated Solutions Spółka z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa na rzecz zamawiającego - Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 1 sierpnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1385/19

Zamawiający - Centrum Obsługi Administracji Rządowej, ul. Powsińska 69/71, 02-903

Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa oprogramowania biurowego dla Jednostek Administracji Państwowej" (znak 2019/14)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20.02.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz.

U. UE pod numerem 2019/S 036 - 080421.

W dniu 09.07.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz pismem z dnia 10.07.2019 r. poinformował Odwołującego, iż w związku z brakiem złożenia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie oparte o treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie części 1 zatrzymał wadium wraz z odsetkami na podstawie art.

46 ust. 4a ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19.07.2019 r. przez wykonawcę Integrated Solutions Spółka z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa od czynności Zamawiającego w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy ramowej prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę oprogramowania biurowego dla Jednostek Administracji Państwowej, nr postępowania 2019/14 - część 1".

Odwołujący wskazał na wstępie, że posiada interes w zawarciu umowy ramowej. Na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, polegającego na nieuzasadnionym zatrzymaniu wadium, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty środków finansowych, które zostały wniesione jako wadium. Wobec powyższego, należy uznać Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 46 ust. 4a Pzp - poprzez nieuzasadnione zatrzymanie wadium z uwagi na zaniechanie

uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy pomimo, iż nieuzupełnienie dokumentów nie spowodowało braku możliwości wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, a zaniechanie nie miało na celu wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący jednocześnie wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Zwrotu wadium

Wykonawca otrzymał informację o zatrzymaniu wadium przez Zamawiającego dn. 10 lipca 2019 r., wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy należy uznać za zachowany.

Kopia odwołania została przesłana do Zamawiającego w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dn. 19 lipca 2019 r., zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

UZASADNIENIE

Jak wskazał na wstępie Odwołujący Zamawiający prowadzi postępowanie w sprawie zawarcia umowy ramowej na „Dostawę oprogramowania biurowego dla Jednostek

Administracji Państwowej - część 1". Przedmiotowe postępowanie ma na celu zawarcie umowy ramowej, przy czym, jak wynika z Roz. IV ust. 3 siwz, Zamawiający zastrzegł, że zawrze umowę w każdej z części z 5 wykonawcami, zgodnie z art. 101 a ust. 1 pkt 2) Pzp.

Dnia 9 lipca 2019 r. Zamawiający przekazał informacje o wykonawcach, z którymi zawrze umowy ramowe, a także poinformował o wykluczeniu Odwołującego z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz dnia 10 lipca 2019 r. o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

1. Czynność Zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium należy uznać za niedopuszczalną w świetle art. 46 ust. 4a Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej".

Zdaniem Odwołującego przepis w sposób nie budzący wątpliwości uzależnia dopuszczalność zatrzymania wadium od braku możliwości wybrania oferty danego wykonawcy jako najkorzystniejszej. W analizowanym postępowaniu nie można mówić o najkorzystniejszej ofercie. Skoro bowiem Zamawiający zawrze umowy z więcej niż jednym wykonawcą, to oferta Odwołującego w ogóle nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odmiennie niż w przypadku umowy zawartej w oparciu o art. 101 a ust. 1 pkt 1) Pzp, Zamawiający nie dążył do wybrania jednego wykonawcy, z którym zawrze umowę ramową i którego ofertę w kontekście umowy ramowej można by rozważać w kategorii najkorzystniejszej. Tym samym nie zachodzi okoliczność braku możliwości dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Niezłożenie dokumentów przez Odwołującego nie spowodowało, że Zamawiający nie mógł wybrać oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, bo ta oferta nie mogła być najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego niezależnie od tego, czy Odwołujący pozostał w postępowaniu i czy uzupełnił dokumenty, Zamawiający mógł wybrać wykonawców, z którymi podpisze umowy ramowe.

Podsumowując, Odwołujący podniósł, z uwagi na to, że postępowanie prowadzone nie jest w celu udzielenia zamówienia publicznego, a także z uwagi na to, że Zamawiający zamierza zawrzeć umowę z więcej niż jednym wykonawcą należy uznać, że przesłanka zatrzymania wadium określona w art. 46 ust. 4a ustawy nie ma zastosowania, ponieważ niezłożenie dokumentów i oświadczeń na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie uniemożliwia wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ponieważ w przypadku postępowania, które zmierza do zawarcia umowy z więcej niż jednym wykonawcą nie można mówić o ofercie najkorzystniejszej.

2. Zdaniem Odwołującego, co więcej, nie tylko wykładnia literalna nie daje podstawy do zatrzymania wadium, lecz także wykładnia celowościowa. Celem regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a ustawy było przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu mogła działać w celu udzielenia zamówienia temu uczestnikowi zmowy przetargowej, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogliby bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na to, że jest ono prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej z więcej niż jednym wykonawcą, nie ma możliwości, aby w sposób opisany powyżej wpłynąć na wynik postępowania. Niezłożenie dokumentów przez Odwołującego nie spowoduje, że zamówienie otrzyma inny wykonawca, który zaoferował wyższą cenę. Zamówienia publiczne będą udzielane dopiero w oparciu o umowę ramową temu z wykonawców, którzy podpisali umowy ramowe, który zaoferuje najkorzystniejszą cenę. Tym samym, ewentualne zmowy przetargowe, którym miał przeciwdziałać art. 46 ust. 4a ustawy będą mogły mieć miejsce na etapie realizacji umowy

ramowej.

Potwierdza to, że w tym konkretnym przypadku przesłanka zatrzymania wadium, o które] mowa w art. 46 ust. 4a Pzp nie ma zastosowania.

3. Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia należy mieć przy tym również na względzie całokształt czynności dokonanych przez Odwołującego w postępowaniu. Odwołujący uchybił terminowi na złożenie dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z przyczyn leżących po jego stronie, ale przez niego niezawinionych i od niego niezależnych. Odwołujący z powodu trudności technicznych związanych z uzyskaniem powiadomienia i powzięciem informacji o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, których nie mógł przewidzieć, nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego.

Jednocześnie, jak podniósł Odwołujący, niezwłocznie po powzięciu informacji o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, wymagane przez Zamawiającego dokumenty złożył. Zmierzał również do wyjaśnienia zaistniałych okoliczności i ewentualnego przywrócenia swojego udziału w postępowaniu, co jednak okazało się niemożliwe z uwagi na to, że choć okoliczności były niezależne od Odwołującego, to „leżały po jego stronie". Wszystko to jednak świadczy o zdarzeniu losowym, a nie celowych, zaplanowanych działaniach w ramach zmowy przetargowej, zmierzających do tego, aby zamówienie uzyskał wykonawca, który zaoferował najwyższą cenę.

4. W ocenie Odwołującego za tym, aby przy decyzji o zatrzymaniu wadium kierować się wykładnią celowościową i oceniać postępowanie wykonawcy w konkretnym przypadku przemawia również orzecznictwo tak Sądu Najwyższego, jak i Sądów Apelacyjnych. Przykładowo w wyroku z 18,06.2014 r., I ACa 275/14. LEX nr 1489044, Sąd Apelacyjny w Białymstoku stwierdził, że w przypadku art. 46 ust. 4a należy zwrócić uwagę „potrzebę stosowania reguł wykładni celowościowej, co oznacza przyjęcie, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a p.z.p. i zatrzymanie wadium. Takie stanowisko wpisuje się w ten nurt w orzecznictwie, zgodnie z którym badaniu in casu podlega zachowanie wykonawcy, a przypisanie mu zawinienia uzasadnione jest w wypadkach jego bierności, umyślności, celowości działania oraz nasilenia złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (zob. wyroki SN: z 7 listopada 2013 r., V CSK 531/12. z 10 maja 2013 r., I CSK 422/12. LEX 1331255, z 4 marca 2013 r., I CSK 444/12). W uzasadnieniu ww. wyroku z 7 listopada 2013 r. Sąd Najwyższy wskazał, że odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a p.z.p.". Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 11.03.2014 r., i ACa 789/13. LEX nr 1444712, w którym stwierdził, że ..art. 46 ust. 3 p.z.p. opiera się na zasadzie winy wykonawcy — obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają zatem badaniu przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania zmowom wykonawców. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. (...) Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. fil CSK 675/10. LEX nr 951295) dobitnie wskazał, że wykładnia art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p. powinna być zawężająca, zaś zatrzymanie wadium na jego podstawie uzasadnia tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń".

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do stosowania wykładni celowościowej przy ocenie zasadności zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy należy zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 10.05.2013 r., i CSK 422/12. LEX nr 1331255, w którym Sąd Najwyższy uznał, że przepis art. 46 ust. 4a „z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania zmowom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. W każdym wypadku odmowy zwrotu wadium zatrzymanego w związku z niewywiązaniem się przez wykonawcę z obowiązku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń

badaniu podlegają także przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie powstaje wówczas, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego".

Mając na względzie powyższe, zważywszy, że niezłożenie dokumentów nie doprowadziło do braku możliwości wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ponieważ postępowanie miało na celu zawarcie umowy ramowej z więcej niż jednym wykonawcą (oferta Odwołującego nie mogła być najkorzystniejsza) i w konsekwencji Odwołujący nie miał nawet możliwości wejścia w zmowę przetargową, a przeciwnie wszystkie działania dokonywane przez Odwołującego po powzięciu informacji o wezwaniu zmierzały do pozostania w postępowaniu i podpisania umowy ramowej, wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż nie wypełniono materialnoprawnej przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, zawartej umowy ramowej, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego (w szczególności z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 09.07.2019 r. oraz informacji o zatrzymaniu wadium z dnia 10.07.2019 r.).

Izba dopuściła również dowody z dokumentów, uzupełniające akta sprawy przesłane w formie elektronicznej, obejmujące print screeny z portalu zakupowego eB2B obejmujące wykaz logów w systemie ww. portalu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego zmierzającego do zawarcia umowy ramowej o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20.02.2019 r. w suplemencie do Dz. U. UE zostało opublikowane ogłoszenia o zamówieniu pod numerem 2019/S 036-080421.

Dnia 9 lipca 2019 r. Zamawiający przekazał informację o wykonawcach, z którymi zawrze umowy ramowe (wybór oferty najkorzystniejszej został zamieszczony na platformie

zakupowej eB2B pod adresem ), a także poinformował o wykluczeniu Odwołującego z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ramach uzasadnienia prawnego wykluczenia Zamawiający wskazał, że jego podstawą jest art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż wykonawca na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 22 maja 2019 r. (pismo znak WZP/427/2019/MO), złożył w dniu 30.05.2019 r. za pomocą Platformy zakupowej poświadczenie, że realizacja umowy dla Komendy Głównej Straży Granicznej przebiega należycie.

W dalszej części uzasadnienia swoje decyzji Zamawiający wskazał, co następuje.

Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, złożone dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia. Biorąc pod uwagę, że umowa dla Komendy Głównej Straży Granicznej jest w trakcie realizacji, a poświadczenie zostało wystawione dnia 27 lutego 2019 r. i zostało złożone dnia 30 maja 2019 r., oznacza to że w dniu złożenia było już nieaktualne, tj. wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed dniem złożenia.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, za aktualny na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać taki dokument, który potwierdzać będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw do wykluczenia w chwili jego złożenia ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem WZP/535/2019/MO z dnia 19 czerwca 2019 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dowodu, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem złożenia, potwierdzającego, że dostawa realizowana na potrzeby Komendy Głównej Straży Granicznej jest wykonywana należycie.

Wykonawca w wyznaczonym terminie, tj. do 26 czerwca 201 9 r. nie uzupełnił niniejszego dokumentu. Dopiero w dniu 1 lipca br. złożył na Platformie zakupowej wymagany dokument wraz z pismem, w którym poinformował, że nie uzupełnił przedmiotowego dokumentu w wyznaczonym terminie, ponieważ dopiero w dniu 27 czerwca br. powziął informację dotyczącą niniejszego wezwania.

Zgodnie z pismem, Wykonawca miał problem z uzyskaniem powiadomienia mailowego mówiącego o wysłaniu przez Zamawiającego w dniu 19 czerwca 2019 r. wezwania do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca dopiero po zalogowaniu się na Platformę zakupową w dniu 27 czerwca 2019 r. powziął informację o przesłanym wezwaniu.

Zamawiający w celu sprawdzenia niniejszej sytuacji zwrócił się administratora Platformy zakupowej, który jednoznacznie potwierdził (przedstawił dowody), że wiadomość mailowa wysłana w dniu 19 czerwca 2019 r. za Pomocą platformy zakupowej w sprawie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów została do Wykonawcy wysłana i dostarczona na jego serwer pocztowy.

Jednoznacznie wynika z tego, że Wykonawca został poinformowany za pomocą Platformy zakupowej o wezwaniu Zamawiającego i winien, w wyznaczonym terminie, złożyć wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym, że Wykonawca nie przedstawił wymaganych dokumentów i tym samym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 oferta Wykonawcy wykluczonego podlega odrzuceniu.

Jednocześnie Zamawiający pismem z dnia 10.07.2019 r. poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

W toku rozprawy Odwołujący zmodyfikował swoje żądanie zawarte w odwołaniu wskazując, że wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności

powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że mając na uwadze treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest zobligowana do oceny istnienia, po stronie podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej, legitymacji czynnej w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody na skutek bezprawnych działań podmiotu zamawiającego.

Pomimo użycia przez ustawodawcę, w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia w regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, słowa „lub", wskazać należy, iż ujęta w tym przepisie alternatywa ma na celu możliwość reakcji w ramach rozpoznania środka ochrony prawnej na dynamicznie zmieniającą się sytuację podmiotową wnoszącego odwołanie w ramach prowadzonego postępowania. Użyty tam zwrot „(...) jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia (...)" nadaje tej instytucji bardziej elastyczny charakter umożliwiający przeciwdziałanie, z jednej strony nadużyciom podmiotu zamawiającego nakierowanym na pozbawienie wykonawcy prawa do drogi odwoławczej na skutek ingerencji tego pierwszego w tok postępowania, z drugiej strony umożliwia reakcję na zaniechania podmiotu odwołującego, które mogą go pozbawić interesu w uzyskaniu zamówienia (cofnięcie poszczególnych zarzutów, upływ terminu związania ofertą itp.). Otóż ocena istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, choć jest dokonywana na etapie merytorycznego rozpoznania, ma miejsce na moment wniesienia odwołania. To na tę chwilę wykonawca winien wykazać się istnieniem tego interesu, którego to przymiotu może nie poosiadać, zarówno na skutek jego sytuacji podmiotowej w postępowaniu (własnych zaniechać związanych np. z brakiem przedłużenia terminu związania oferta, czy też ważności wadium), na skutek niewłaściwego postawienia zarzutów odwołania, czy wreszcie błędnego sformułowania jego żądań. Jednakże zmiana sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, spowodowana np. działaniami podmiotu zamawiającego, może, lecz nie musi, spowodować utratę legitymacji czynnej, jeżeli Izba w ramach merytorycznego rozpoznania uzna, że wnoszący odwołanie taki interes posiadał na moment wniesienia odwołania, lecz utracił go z przyczyn od niego niezależnych i niezawinionych. Stąd też konstrukcja instytucji uregulowanej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest elastyczna umożliwiając właściwe reagowanie na zmieniającą się w postępowaniu sytuację.

W niniejszym wypadku Izba uznała zaś, że Odwołujący interesu w uzyskaniu zamówienia nie posiadał już w momencie wniesienia środka ochrony prawnej na skutek nieobjęcia zaskarżeniem i żądaniami żadnych innych czynności poza zatrzymaniem wadium.

Zgodnie bowiem z aktualnym i ugruntowanym orzecznictwem sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej drogą do dochodzenia zatrzymanego przez Zamawiającego wadium jest powództwo cywilnoprawne. O ile sam zarzut związany z zatrzymaniem wadium może być przedmiotem rozpoznania, co potwierdza również przywołane przez Odwołującego w toku rozprawy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt V CSK 456/09), o tyle uwzględnieniu takiego odwołania stoją na przeszkodzie w zasadzie dwie procesowe regulacje, tj. art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Nie mamy bowiem do czynienia z brakiem kognicji Izby w tym zakresie, gdyż zarzut zatrzymania wadium w postępowaniu, skorelowany z innymi zaskarżonymi czynnościami, na skutek uwzględnienia odwołania w zakresie umożliwiającym wykonawcy uzyskanie zamówienia, może być przedmiotem rozstrzygnięcia jako zarzut wynikowy i powiązany z tymi zarzutami.

Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r. sygn. akt II CSK 491/11 (LEX nr 1238084), w ramach którego zostało wskazane, że; Nie można nie zauważyć, że w każdej z tych spraw różnie kształtowałby się interes majątkowy wykonawcy oraz że wykonawca nie kwestionujący wykluczenia bądź odrzucenia oferty może być zainteresowany tylko odzyskaniem wadium, co jest realne przy wykazaniu "nie leżących po jego stronie" przyczyn uchybień, które legły u podstaw nie złożenia właściwych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Zatrzymanie wadium mogło ponadto nastąpić w toku postępowania o zamówienie, bądź po zawarciu umowy w następstwie wyboru innej oferty, a w tym drugim wypadku jej wzruszenie byłoby niemożliwe. Przeważa zapatrywanie, że zatrzymanie wadium, jakkolwiek związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jest czynnością o samodzielnym charakterze i wynikające stąd roszczenia mogą być dochodzone w drodze sądowej. Stanowisko opowiadające się za dopuszczalnością tej drogi zawarto w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, nie publ. (wydanym na skutek wniesienia powództwa po oddaleniu protestu odnoszącego się tylko do zatrzymania wadium).

W powyższym orzeczeniu Sąd Najwyższy nie odmawia Izbie kognicji w rozstrzyganiu takich zarzutów, wskazując, że ze względu na skoncentrowanie się podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej jedynie na interesie materialnym związanym z zatrzymaniem wadium, bez kwestionowania czynności eliminujących go z postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, Sąd Najwyższy uznał, że właściwa jest droga sądowa bez potrzeby korzystania z drogi odwoławczej.

Wynika to z faktu, iż zaskarżenie samej czynności zatrzymania wadium i postawienie, skorelowanego z nim żądania jego zwrotu, nie ma wpływu na wynik postępowania - w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, którego wypełnienie stanowi warunek sine qua non uwzględnienia odwołania i jednocześnie powoduje brak legitymacji czynnej po stronie wnoszącego odwołanie w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zwrócić należy uwagę, że w treści wniesionego środka ochrony prawnej sam Odwołujący wskazywał, że brak uzupełnienia przez niego dokumentów nie miało wpływu na wynik postępowania (dosł. wybór oferty najkorzystniejszej), co powoduje, że jednocześnie mamy do czynienia z brakiem wypełnienia hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (brak interesu w uzyskaniu zamówienia) oraz z brakiem spełnienia przesłanek procesowych z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który to brak skutkuje niemożnością uwzględnienia odwołania.

W tym samym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r. sygn. akt II CSK 491/11 (LEX nr 1238084) zostało wskazane, że: Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym przedstawioną skargę, odwołując się do przytoczonych argumentów i podzielając je uznaje, że w relewantnym stanie prawnym dopuszczalna była droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. Środki te stanowią jeden z rodzajów postępowań przedsądowych, ale w sprawach o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego świadczenia - fakultatywnym. Konsekwentnie ich niewyczerpanie nie może być kwalifikowane jako bezwzględna ujemna przesłanka procesowa i zarzuty naruszenia art. 386 art. 3 k.p.c. w zw. z art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. są bezzasadne. - co oznacza, że dla Odwołującego nie istniało żadne ryzyko związane z zaniechaniem skorzystania z drogi odwoławczej w przypadku dochodzenia kwoty wadium w postępowaniu cywilnoprawnym.

Powyższe oznacza, zdaniem Izby, że w ramach roszczenia o zwrot wadium nie jest konieczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej, zaś, jak w niniejszym wypadku, brak zarzutów i żądań zmierzających do uzyskania zamówienia (zawarcia umowy ramowej na określoną część zamówienia) powodują, że nie zostały wypełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (brak interesu w uzyskaniu zamówienia równoznaczny z brakiem legitymacji czynnej do skorzystania z drogi odwoławczej) i jednocześnie negatywne konsekwencje wynikające z braku wypełnienia przesłanki procesowej z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - powodujących łącznie, lecz całkowicie niezależnie, oddalenie wniesionego środka ochrony prawnej.

W wyżej cytowanym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że: Zgodnie z art. 14

p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Relacja powyższa odpowiada stosunkowi lex generalis - lex specialis. Za stosowaniem przepisów kodeksu cywilnego (art. 704 § 2 zd. 3 k.c. co do zapłaty podwójnego wadium na skutek uchylenia się zamawiającego od zawarcia umowy) opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 321/09, nie publ. Z kolei w wyroku z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ. stwierdzono, że między zamawiającym a składającym ofertę zawiązuje się porozumienie, stanowiące szczególnego rodzaju stosunek prawny, który można określić jako umowę przetargową, a skoro p.z.p. jest ustawą szczególną wobec kodeksu cywilnego podstawą prawną roszczeń dotyczących wadium (tu: w sprawie z powództwa zamawiającego) mogą być przepisy k.c.

Właściwą podstawą prawną roszczenia o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego przez zamawiającego wadium jest przepis art. 410 § 2 k.c. regulujący kwestię zwrotu nienależnego świadczenia - tu takiego, którego podstawa prawna nie została urzeczywistniona (kondykcja ob causa datorum). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, nie publ. wyraził pogląd, że roszczenie o zwrot zatrzymanego wadium wynika z art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c.

Powyższe oznacza zatem, że zatrzymanie przez podmiot zamawiający wadium kreuje pomiędzy wykonawcą a zamawiającym określony stosunek cywilnoprawny (np. nienależne świadczenie), którego dochodzenie, czy też ustalenie, winno odbywać się na drodze powództwa cywilnego przed sądem powszechnym. Izba w ramach swojej kognicji może ewentualnie unieważnić czynność, która stała się podstawą zatrzymania wadium, o ile jej unieważnienie lub nakazanie wykonania w jej miejsce czynności zastępczej, będzie

zmierzało do uzyskania przez odwołującego zamówienia i jednocześnie, w ramach treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, będzie miało lub mieć mogło, wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W niniejszym wypadku Odwołujący nie zmierza swoimi działaniami do zawarcia jednostkowej umowy w ramach umowy ramowej, co skutkować musi oddaleniem wniesionego środka ochrony prawnej. Na przeszkodzie jego uwzględnienia stoją bowiem dwa przepisy rangi ustawowej, które w sposób bezwzględny wiążą Izbę w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej.

Odnosząc się do kwestii relacji pomiędzy art. 179 ust.1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp, Izba

wskazuje za orzecznictwem; „Może też zaistnieć sytuacja, że - niezależnie od posiadania przez Odwołującego interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i uznania zarzutów za zasadne - odwołanie zostanie oddalone, a to na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: Izba bowiem uwzględnia odwołanie tylko w wypadku, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (...) Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić - priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (czy złożenia odwołania). Reasumując, ani spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani zasadność zarzutów nie przesądzają jeszcze o uwzględnieniu odwołania; taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym.\za wyrokiem KIO z dnia 27.04.2011 r., sygn. akt: KIO 776/11).

Powyższe powoduje, iż zaistnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, należy oceniać każdorazowo w sposób samodzielny i niezależny. O ile obie one, podlegając ocenie na etapie merytorycznego rozpoznania odwołania, muszą zostać spełnione łącznie aby mogło dojść do uwzględnienia odwołania, to pełnią zasadniczo odrębne role i są oceniane na zupełnie innym poziomie. Jednocześnie brak spełnienia którejkolwiek z nich skutkuje oddaleniem odwołania. Jak wyżej wskazano, art. 179 ust. 1 ustawy Pzp reguluje instytucję legitymacji czynnej uprawniającej do skorzystania z drogi odwoławczej, i winien być oceniony w pierwszej kolejności, przed merytorycznym rozpoznaniem zarzutów, to przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp może stanowić przeszkodę dla uwzględnienia odwołania po rozpoznaniu zarzutów i wpłynąć na oddalenie środka ochrony prawnej w całości mimo ich częściowego lub pełnego uwzględnienia.

Mając na uwadze powyższe wywody wskazać należy, iż Odwołujący przez sposób skonstruowania odwołania, na skutek nie objęcia zaskarżeniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej utracił prawo do uzyskania rozstrzygnięcia w postaci uwzględnienia wniesionego środka ochrony prawnej. Powyższe jest spowodowane, zarówno brakiem legitymacji czynnej po jego stronie, ocenianej na moment wniesienia odwołania, jak również brakiem wpływu na wynik postępowania ewentualnego uwzględnienia zarzutu ujętego w odwołaniu. O ile można było zakładać, iż potencjalnie Odwołujący miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, utracił go na skutek niezaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej będącej skutkiem wyeliminowania z postępowania jego oferty złożonej na etapie wstępnym w postępowaniu prowadzącym do zawarcia umowy ramowej. Powyższe jest o tyle znamienne, że w trakcie rozprawy wskazywał na okoliczności usprawiedliwiające niezłożenie dokumentów w terminie, tj. na wezwanie oparte o treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Należy bowiem wskazać w tym miejscu, że czynność zatrzymania wadium miała charakter wynikowy wobec pozostałych czynności podjętych przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania. Wyeliminowanie tych czynności z obrotu prawnego było nie tylko uprawnieniem Odwołującego, lecz ze względu na treść regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jego obowiązkiem aby uczynić zadość wymaganiom ustawy Pzp kreującym uprawnienie do skorzystania z drogi odwoławczej. Tylko bowiem objęcie zaskarżeniem czynności wyboru oferty oraz wyeliminowania oferty Odwołującego w drodze do zawarcia umowy cząstkowej mogło zagwarantować Odwołującemu wykazanie przesłanki posiadania legitymacji czynnej w ramach prowadzonego postępowania.

Tym samym, Izba kierując się treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uznała, że wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący bowiem nie wykazał się istnieniem legitymacji czynnej kreującej prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej. Dodatkowo i całkowicie niezależnie wskazać należy, iż na przeszkodzie do uwzględnienia odwołania, w przypadku gdyby doszło do rozpoznania i uwzględnienia zarzutu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, stała przesłanka z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: