Sygn. akt: KIO 562/22

WYROK

z dnia 21 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 16 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez wykonawcę JL Sp. z o.o., Piątnica Poduchowna, ul. Forteczna 27, 18-421 Piątnica w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Legionowski, ul. gen. Władysława Sikorskiego 11, 05-119 Legionowo

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. kosztami postępowania obciąża Powiat Legionowski i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od Powiatu Legionowskiego na rzecz JL Sp. z o.o., Piątnica Poduchowna, ul. Forteczna 27, 18-421 Piątnica kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 562/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Powiat Legionowski prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, pn.: „Budowa budynku na potrzeby Liceum Ogólnokształcącego w ramach inwestycji pn.: „Projekt i budowa budynku na potrzeby Liceum Ogólnokształcącego w Stanisławowie Pierwszym w Gminie Nieporęt"; Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP nr 2021/BZP 00321374/01, w dniu 17 grudnia 2021 r.

Odwołujący: IL spółka z o.o. ul. Forteczna 27, Piątnica Poduchowna 18-421 wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu, polegającą na zatrzymaniu wadium w wysokości 200 000 zł wniesionego przez Wykonawcę w pieniądzu, na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP przez jego niezasadne zastosowanie i zatrzymanie wadium pomimo braku ziszczenia się przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, których dopiero kumulatywne wystąpienie upoważnia Zamawiającego do zatrzymania wadium Wykonawcy

Z uwagi na powyższe wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Wykonawcę oraz nakazanie zwrotu wadium wraz z odsetkami,

2) stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie zatrzymania wadium.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia KIO nakazującego Zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wniesionego wadium oraz nakazanie zwrotu wadium, albo stwierdzającego naruszenie przez Zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp w zakresie zatrzymania wadium. Środki finansowe w wysokości 200 000 zł, wpłacone przez Odwołującego jako wadium w postępowaniu, zostały zatrzymane przez Zamawiającego bez podstawy prawnej, wskutek czego Odwołujący poniósł szkodę - art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł w postępowaniu wadium formie pieniężnej w wysokości 200 000,00 zł.

W dniu 24 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp. Wykonawca w dniu 31 stycznia 2022 r., na wezwanie złożył wymagane środki dowodowe, wśród których był wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z R.XIV ust. 4 pkt 4 b tiret trzeci Specyfikacji Warunków Zamówienia określono m.in. wymóg dysponowania co najmniej: jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń".

Wykonawca na spełnienie w/w warunku wykazał, że dysponuje osobą: Pan D. M.. Wykonawca wykazał, że osoba ta posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji bez ograniczeń do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, posiada 18-letnie doświadczenie oraz że dysponuje tą osobą na podstawie umowy o współpracy.

Zamawiający 1 lutego 2022 r. skierował wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca na dzień składania ofert, spełniał warunki określone w SWZ, w tym w Rozdziale XIV ust. 4 pkt 4b tiret trzeci SWZ. Pan D. M. (osoba wskazana w wykazie), nieoczekiwanie, w dniu 7 lutego 2022 r. poinformował Wykonawcę o zakończeniu z nim współpracy z powodów niezależnych od Wykonawcy, o czym Wykonawca również niezwłocznie poinformował Zamawiającego. Jest to okoliczność w pełni niezależna od Odwołującego, ani przez niego niezawiniona. Odwołujący nie miał żadnego wpływu na decyzję Pana M. o zakończeniu współpracy.

Wykonawca w dniu 7 lutego 2022 roku złożył w/w podmiotowe środki dowodowe, jednocześnie poinformował Zamawiającego, że otrzymał wypowiedzenie współpracy Pana M., który rezygnację ze współpracy uzasadnił ilością obowiązków służbowych oraz perspektywą realizacji kontraktów, zlokalizowanych bliżej miejsca zamieszkania (tj. Białystok). Złożona rezygnacja dotyczyła całej współpracy z Odwołującym. Powód

zakończenia współpracy wskazany przez Pana M. w wypowiedzeniu jest argumentem racjonalnym.

Odwołujący, działając z należytą starannością, przy okazji przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, od razu poinformował Zamawiającego o zakończeniu współpracy z osobą, którą wykazał na spełnienie warunku. W odpowiedzi na pismo zawierające powyższą informację (do pisma Wykonawca załączył kopię otrzymanego wypowiedzenia współpracy), Zamawiający wezwał Wykonawcę 8 lutego 2022 r do złożenia aktualnego wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w którym pouczył Wykonawcę, że może zastąpić osobę wskazaną w pierwotnym wykazie, inną osobą, spełniającą wymagania w terminie do dnia 10 lutego 2022 roku.

Równocześnie, 8 lutego 2022 r, drugim pismem, Zamawiający poinformował, że niezłożenie podmiotowych środków dowodowych, do których złożenia wezwał, będzie stanowiło podstawę do zatrzymania wadium oraz przytoczył brzmienie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący jest małym przedsiębiorcą, zgodnie z definicją zawartą w załączniku I do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. tj. zatrudnia mniej niż 50 pracowników oraz jego roczny obrót nie przekracza 10 mln euro. Odwołujący zatrudnia około 39 pracowników, w tym 10 osób na stanowisku kierowniczym.

Spółka nie zatrudnia na umowę o pracę pracownika posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej, ponieważ Spółka w bieżącej działalności nie realizuje robót, do których te uprawnienia są potrzebne.

Odwołujący w dniu otrzymania rezygnacji ze współpracy, rozpoczął poszukiwanie innej osoby posiadającej stosowne, natomiast nie był w stanie znaleźć i nawiązać współpracy z nową osobą w tak krótkim terminie (Zamawiający wyznaczył Wykonawcy jedynie 2 dni).

Odwołujący od razu po otrzymaniu wypowiedzenia, podjął czynności mające na celu znalezienie innej osoby, niezbędnej do realizacji zamówienia. Pierwsze ogłoszenia dot. poszukiwania osoby opublikował już w dniu 7 lutego 2022 roku. W związku z powyższym, Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o przedłużenie wyznaczonego terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych wskazanych w treści w/w wezwania do dnia 23 lutego 2022 roku, zaznaczył, że nie dysponuje odpowiednią osobą na wykazanie spełnienia warunku określonego w Rozdziale XIV ust. 4 pkt 4 lit. b tiret trzeci SWZ.

Wykonawca poinformował, że podjął działania mające na celu podjęcie współpracy z inną osobą spełniającą wymagania. Wskazał także, że konieczny jest szereg czynności w celu nawiązania stosownej współpracy z inną osobą spełniającą wymagania. Przede wszystkim Wykonawca wskazał, że musi podjąć działania mające na celu dokonanie weryfikacji rynku pod kątem oceny możliwości pozyskania takiej osoby, a także weryfikacji spełnienia przez nią wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ.

Zamawiający nie odpowiedział na wniosek Odwołującego, skierował jedynie do Wykonawcy wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą.

Odwołujący kontynuował poszukiwania osoby posiadającej wymagane uprawnienia, dlatego 21 lutego 2022 roku ponownie skierował do Zamawiającego pismo, w którym prosił o udzielenie odpowiedzi na wniosek z dnia 10 lutego 2022 roku i poinformował Zamawiającego o przebiegu poszukiwań specjalisty. Wykonawca do dnia 21 lutego 2022 roku poczynił szereg czynności zmierzających do nawiązania współpracy z osobą mogącą pełnić funkcję kierownika robót i był w trakcie weryfikacji spełniania warunków określonych przez Zamawiającego do realizacji zamówienia, przez wyłonionych dotychczas, potencjalnych kandydatów, a także możliwości realizacji zamówienia na warunkach wskazanych w SWZ (w tym analizowane były także takie aspekty jak dostępność kierownika w terminie realizacji zamówienia oraz w lokalizacji, w której będzie realizowana inwestycja), na co Wykonawca wskazał Zamawiającemu w piśmie z dnia 21 lutego 2022 roku. Również ten wniosek pozostał bez odpowiedzi Zamawiającego. Zamiast odpowiedzi, w dniu 22 lutego 2022 roku

Zamawiający przesłał do Wykonawcy zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wraz z informacją o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c, w związku z art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy PZP oraz o zatrzymaniu wadium wpłaconego przez Odwołującego na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Wykonawca podkreśla, że termin wyznaczony przez Zamawiającego, mimo, że nieuregulowany wprost w przepisach Pzp, powinien być odpowiednim terminem tj. realnym i umożliwiającym Wykonawcy złożenie wymaganych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych. Długość terminu zależeć powinna każdorazowo od okoliczności i rodzaju dokumentów, do których przedłożenia zobowiązany jest Wykonawca.

Zgodnie z piśmiennictwem „Przepis art. 128 ust. 1 Pzp nie przewiduje sztywnego lub

minimalnego terminu. Powinien być to odpowiedni termin. , stosownie do okoliczności danego przypadku obejmujący czas potrzebny do skompletowania dokumentacji, uzupełnienia lub doprecyzowania oraz przesłania dokumentów zamawiającemu. Długość terminu będzie więc zależała każdorazowo od okoliczności i rodzaju dokumentu. Przedłużenie terminu jest co do zasady dopuszczalne, jeżeli zamawiający stwierdzi, że pierwotnie wyznaczony termin był obiektywnie za krótki. „Zamawiający wyznacza termin na złożenie dokumentów. Termin ten powinien być ustalony odpowiednio do rodzaju żądanych dokumentów, tak by czynność wezwania nie stała się czynnością pozorną". „Za nadal obowiązujący należy uznać pogląd że termin powinien być terminem realnym, pozwalającym na zadośćuczynienie wezwaniu zamawiającego przy dołożeniu należytej staranności przez wykonawcę. Powinien być zatem wyznaczany z uwzględnieniem rodzaju dokumentu lub oświadczenia podlegającego konwalidacji i niezbędnego czasu na dokonanie tej czynności. " W niniejszej sprawie oczywiste jest, że termin wyznaczony przez Zamawiającego na złożenie wykazu osób był terminem pozornym, termin ten był rażąco krótki w biorąc pod uwagę szereg czynności, które musiał wykonać Odwołujący w celu przedłożenia wykazu osób, a których świadomy był Zamawiający i w niniejszej sytuacji konieczne było jego przedłużenie, co było w pełni uzasadnione i miało podstawy w przepisach Pzp.

W piśmie z dnia 22 lutego 2022 roku. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał. że w niniejszej sprawie ziściły się przesłanki zawarte w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, które umożliwiałyby zatrzymanie wadium złożonego przez Odwołującego. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do przytoczenia brzmienia art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie przedstawił szerszego wywodu na temat przesłanki zatrzymania wadium, ograniczając się do stwierdzenia, że oferta Odwołującego była najwyżej oceniona spośród ofert podlegających ocenie. Zamawiający nie odniósł się do przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, w których nie sposób dopatrzeć się podstaw do zatrzymania wadium, nie poddano ocenie, czy wynikają one z okoliczności leżących po stronie Odwołującego.

Biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa oraz uwzględniając okoliczności sprawy, Zamawiający nie jest w stanie wykazać spełnienia przesłanek z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, a tym samym zasadności zatrzymania wadium, ponieważ Zamawiający dokonał tej czynności bez podstawy prawnej.

Dla zatrzymania wadium z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek, których ciężar wykazania - w myśl art 6 Kc - spoczywa na zamawiającym. (...) Drugą przesłankę stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Art. 98 ust 6 pkt 1 PZP - ze względu na brak rozróżnienia - wiąże odpowiedzialność z każdą przyczyną zależną od wykonawcy. Dlatego przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy mogą być zarówno przyczyny przez niego zawinione, jak i niezawinione. Zatrzymanie wadium nie wchodzi w grę, gdy wykonawca działa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że spełnia warunki zamówienia /Za komentarzem UZP 2021 r./

Odwołujący wskazuje, że przyjętą zasadą w pzp jest zwrot wadium przez Zamawiającego. W konsekwencji, przypadki zatrzymania wadium powinny być, na zasadzie wyjątku, interpretowane w sposób ścieśniający. Celem w/w przepisu jest ograniczenie nieprawidłowości w postępowaniu wykonawców działających w złej wierze i w sposób celowy. Dotkliwa sankcja w postaci zatrzymania wadium ma służyć ograniczeniu zmów przetargowych, a nie karać wykonawców, którzy z powodów niezawinionych przez siebie, nie przedłożyli podmiotowych środków dowodowych. W niniejszej sprawie oczywistym jest, że Odwołujący nie był w stanie przedstawić podmiotowych środków dowodowych, z wykazem zawierającym specjalistę posiadającego ściśle określone uprawnienia w terminie zaledwie 2 dni. Zamawiający posiadał wiedzę, że osoba skierowana przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zrezygnowała ze współpracy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy oraz, że Wykonawca nie posiada wśród swoich pracowników osoby spełniającej warunki.

Ze względu na specyficzne uprawnienia, jasne jest, że znalezienie takiej osoby przy dołożeniu należytej staranności nie jest możliwe w terminie do 2 dni. Jednocześnie, mimo braku odpowiedzi na wnioski o przedłużenie terminu, Wykonawca poszukiwał osoby zdolnej do realizacji zamówienia. W takim stanie f nie ma mowy o spełnieniu przesłanki z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, która mówi o tym, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w chwili składania oferty spełniał warunki udziału w postępowaniu, również w chwili złożenia podmiotowych środków dowodowych na wezwanie Zamawiającego, co wykazał składając wykaz osób 31 stycznia 2022 r. Dopiero w 7 lutego, niespodziewanie, otrzymał rezygnację ze współpracy specjalisty, którego udział w zamówieniu stanowił warunek w postępowaniu. Od razu po otrzymaniu wypowiedzenia, podjął szereg czynności mających na celu znalezienie innego specjalisty (rekrutacja) oraz poinformował o tym Zamawiającego. Brak jakiejkolwiek odpowiedzi Zamawiającego na 2 pisma, w których Spółka wykazywała, że jest w trakcie zmiany osoby wykazanej w wykazie osób i przedstawia szerokie uzasadnienie zasadności swojego wniosku, stanowi naruszenie

przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu osób zawierającego jako kierownika robót inną osobę, niż wskazana w poprzednim wykazie złożonym przez Wykonawcę, mając świadomość, że Odwołujący nie dysponuje taką osobą i będzie musiał nawiązać nową współpracę, aby przedłożyć stosowny wykaz. Zamawiający powinien rozsądnie ocenić czas konieczny na skompletowanie podmiotowego środku dowodowego, a w przypadku, gdy pierwotny termin wyznaczony przez Zamawiającego był za krótki, powinien go przedłużyć Wykonawcy.

Wobec powyższego, w sprawie nie doszło do niezłożenia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych z przyczyn leżących po jego stronie. Nie wystąpiły kumulatywnie wszystkie trzy przesłanki wskazane w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający zatrzymał wadium złożone przez Odwołującego bez podstawy prawnej.

Na dowód powyższego odwołujący przedstawił korespondencję z zamawiającym, a także kopie ogłoszeń opublikowanych na stronie internetowej ogłoszenie) oraz na popularnych portalach do poszukiwania ofert pracy (3 ogłoszenia), w celu znalezienia kierownika robót budowlanych w przedmiotowej specjalności, na okoliczności dwukrotnego zwrócenia się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych przed upływem pierwotnego terminu na ich złożenie, a także na okoliczność wykazania podjęcia przez Odwołującego czynności mających na celu nawiązanie współpracy z inną osobą posiadającą wymagane uprawnienia do realizacji zamówienia jako kierownik robót.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postepowania odwoławczego.

Ponadto wniósł o zobowiązanie Odwołującego do przedłożenia umowy lub umów cywilnoprawnych (umowy o współprace) zawartych z p. D. M., których przedmiotem jest pełnienie funkcji kierownika robót, w tym umowy, której przedmiotem jest zamówienie objęte postępowaniem, a następnie przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na okoliczność dopuszczalności wypowiedzenia umów przez p. M., okresu wypowiedzenia, odpowiedzialności względem Odwołującego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz treści postanowień zabezpieczających interes prawny Odwołującego w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Zamawiający wskazał, że w dniu 24.01.2022 r. nastąpiło otwarcie ofert. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 18 000 000 zł.

Złożono cztery oferty. Cena oferty Odwołującego - 16 870 147,72 zł brutto. Drugą w kolejności ofertę złożył wykonawca Arcus Technologie Sp. z o.o., Celestynów, 19 189 599 zł brutto.

Zamawiający pismem z 24.01.2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi (z terminem do dnia 31.01.2022 r.).

Odwołujący 31.01.2022 r. złożył podmiotowe środki dowodowe m.in. właśnie w zakresie wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał pozytywnej oceny przedmiotowego wykazu. W związku z brakami w zakresie pozostałych podmiotowych środków dowodowych wezwał do uzupełnienia informacji, z terminem do dnia 7.02.2022 r..

Odwołujący pismem z 7.02.2022 r. poinformował, że nie spełnia warunków przetargowych w zakresie: zdolności technicznej lub zawodowej — Kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej. Wskazał, że w dniu 7.02.2022 r. pan D. M. złożył wypowiedzenie umowy o współpracy. W związku z zaistniałą sytuacją Odwołujący oświadczył, że nie dysponuje odpowiednią osobą do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na okoliczności wskazane przez Odwołującego Zamawiający 8.02.2022 r. wezwał do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, z terminem do dnia 10.02.2022 r. Na przedmiotowe pismo Odwołujący 10.02.2022 r. wniósł o przedłużenie wyznaczonego terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych wskazanych w treści wezwania, do 23 lutego 2022 r.

Zamawiający w dniu 22.02.2022 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp oraz o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Dokonując oceny prawnej przedstawionego stanu faktycznego zamawiający stwierdził, że

był uprawniony do zatrzymania wadium odwołującego, zaś argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zamawiający wyjaśnia, że w przedmiotowym stanie faktycznym zaistniała ww. okoliczność, a mianowicie na wezwanie z 8.02.2022 r., na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do uzupełnienia wykazu osób i oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp, odwołujący, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, wobec czego zamawiający nie miał możliwości wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie bez znaczenia ma także fakt, iż zaniechanie Odwołującego spowodowało konieczność wyboru oferty droższej o ponad 2 000 000 zł.

Zamawiający podkreślił, że rezygnacja ze współpracy z odwołującym przez p. M., wbrew twierdzeniom odwołującego, jest okolicznością zależną od niego. To na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowego przygotowania oferty. Wykonawca, jako profesjonalista powinien zdawać sobie sprawę z charakteru postępowania przetargowego w którym uczestniczy oraz ryzyka związanego z możliwością utraty wadium w przypadkach, o których mowa w art. 98 ustawy Pzp. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby tak zabezpieczył stosunek cywilnoprawny z osobami wskazanymi w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, aby uniknąć sytuacji, kiedy taka osoba rezygnuje ze współpracy nie tylko w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również w trakcie realizacji zamówienia.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez odwołującego w wykazie osób, podstawą dysponowania osobą p. D. M. jest dysponowanie bezpośrednie — umowa o współpracy będąca umową cywilnoprawną.

Odwołujący jako profesjonalista jest świadomy, że niedopuszczalna jest natychmiastowa czy nagła rezygnacja kierownika robót, z uwagi na istotne skutki, które mogą powstać zarówno w toku postępowań przetargowych oraz realizowanych inwestycji. Wobec powyższego treść i charakter umowy cywilnoprawnej powinny wyłączać możliwość wypowiedzenia kontraktu w trakcie realizacji inwestycji (oraz w okresie poprzedzającym — na etapie przetargowym), a przynajmniej powinny określać niezbędny okres wypowiedzenia umowy, który umożliwiałby zapewnienie niezbędnego zastępstwa, co już jest zupełnym minimum zabezpieczenia interesu odwołującego. Podkreślenia wymaga, że umowa cywilnoprawna daje odwołującemu większą możliwość zabezpieczenia jego interesu. W umowie cywilnoprawnej można wprowadzić sankcje związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy takie jak, np. kary umowne, obowiązek zapłaty pełnego odszkodowania czy wykonawstwo zastępcze. Wbrew stanowisku odwołującego umowa cywilnoprawna umożliwia zatem pełne zabezpieczenie jego interesu oraz uniknięcie sytuacji polegającej na „niespodziewanej" rezygnacji kierownika robót, oczywiście przy odpowiednim przygotowaniu treści umowy. Odmienny charakter ma stosunek pracy, gdzie pracodawca nie ma możliwości „powstrzymania" pracownika od złożenia wypowiedzenia umowy o pracę, zaś odpowiedzialność pracownika jest ustawowo ograniczona do trzykrotności miesięcznego wynagrodzenia. Warto też wskazać, że nawet w przypadku stosunku pracy istnieje taka instytucja jak „okres wypowiedzenia".

Tymczasem, w naszym stanie faktycznym, odwołujący nagle po upływie okresu 2 tygodni od dnia złożenia ofert informuje, że w dniu 7.02.2022 r. p. D. M. złożył rezygnację ze współpracy, w tym w ramach zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Niebywały jest przy tam fakt, że rezygnacja ze współpracy z Odwołującym nastąpiła bez żadnego okresu wypowiedzenia, tj. z dnia na dzień. Zamawiający nie daje wiary twierdzeniu odwołującego, że rezygnacja p. M. była racjonalna z uwagi na odległość do miejsca realizacji

zamówienia. Jeżeli p. M. zobowiązał się względem do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności telekomunikacyjnej dla przedmiotowego zamówienia, to odległość do miejsca pracy nie miała najmniejszego znaczenia. Tym samym argument odwołującego jest absurdalny i pozbawiony sensu. Zamawiający podkreśla, że to odwołujący ponosi wyłączną odpowiedzialność za dobór kadry czy współpracowników oraz za ukształtowanie postanowień umowy pomiędzy nim a p. M. Należyta staranność odwołującego, który składa ofertę, wymagała od niego właściwego zabezpieczenia kontraktu z p. M. W przedmiotowym stanie faktycznym odwołujący zaniechał tego rodzaju działań.

W świetle przedstawionej argumentacji dalsze twierdzenia odwołującego o intensywnym poszukiwaniu osoby na zastępstwo są bezprzedmiotowe. Zamawiający nie zgadza się również z twierdzeniem, że termin wyznaczony do uzupełnienia wykazu osób był nierealny i niezgodny z przepisami ustawy. Po pierwsze, termin do uzupełnienia obejmował wymagane dwa dni robocze, co jest zgodne z art. 8 ust. 4 Pzp. Po drugie, zasadą jest przy tym, że wykonawca w terminie składania ofert powinien posiadać komplet wymaganych dokumentów, powinien być gotowy do złożenia poprawnej i kompletnej oferty. Skompletowaniu takich dokumentów służy bowiem czas pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, udostępnieniem SWZ, a wyznaczonym terminem składania ofert. Innymi słowy termin do uzupełniania dokumentów nie ma na celu umożliwienie wykonawcy poszukiwanie możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale na wyjątkowe uzupełnienie dokumentów, które powinny być w posiadaniu wykonawcy już w dacie składania oferty. Po trzecie wyrażenie zgody na przedłużenie terminu do dnia 23.02.2022 r. stanowiłoby naruszenie przez zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez nieproporcjonalne do sytuacji wyznaczenie terminu do uzupełnienia dokumentów. De facto wyrażając zgodę odwołujący miałby 15 dni na uzupełnienie dokumentów, a tym samym termin ten byłby trzy razy dłuższy niż termin określony w art. 274 ust. 1 Pzp, tj. termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych. W praktyce przyjmuje się, że termin na uzupełnienie dokumentów i oświadczeń nie powinien przekraczać terminów określonych odpowiednio w art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Zamawiający nie mógł uwzględnić wniosku, który nota bene został złożony 10.01.2022 r. ok. 13:30. Warto wskazać, że na czynność niezgodną z ustawą przysługiwało odwołanie. Wobec powyższego Odwołujący był uprawniony do złożenia odwołania na wezwanie Zamawiającego z 8.02.2022 r.

Mając na uwadze powyższe zostały spełnione przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium przez zamawiającego. Wobec niedochowania należytej staranności przez odwołującego, ten jest obecnie uprawniony do dochodzenia roszczenia regresowego od p. D. M. z tytułu zatrzymania wadium. W tym stanie rzeczy zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron, uznając, że w sprawie został niespornie ustalony stan faktyczny i przedmiot sporu, stwierdza, co następuje.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa wart. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Tym samym, aby Zamawiający mógł zatrzymać wadium złożone przez Wykonawcę z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń konieczne jest zaistnienie łącznie trzech wskazanych w przepisie przesłanek tj.:

1) wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie;

2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub podmiotowych środków dowodowych

3) co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej; których ciężar wykazania, w myśl zasady zawartej w art. 6 Kodeksu Cywilnego, spoczywa na Zamawiającym.

Ustalono, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożył podmiotowych środków dowodowych w zakresie dysponowania osobą na wymagane stanowisko kierownika robót w branży telekomunikacyjnej, co spowodowało w efekcie brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Brak takiego dowodu wynikał z faktu rezygnacji osoby, którą wykonawca na dzień składania oferty dysponował. Niezwłocznie po otrzymaniu przez wykonawcę oświadczenia o rezygnacji, poinformował on zamawiającego o zaistniałej sytuacji z wnioskiem o umożliwienie pozyskania na wakujące miejsce innej osoby.

W odpowiedzi na okoliczności wskazane przez Odwołującego Zamawiający 8.02.2022 r. wezwał do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, z terminem do dnia 10.02.2022 r. Na przedmiotowe pismo Odwołujący 10.02.2022 r. wniósł o przedłużenie wyznaczonego terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych wskazanych w treści wezwania, do 23 lutego 2022 r.

Zamawiający w dniu 22.02.2022 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp oraz o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Dokonując oceny stanu faktycznego skład orzekający stwierdza, że trudno dopatrzyć się uchybień w działaniu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W szczególności fakt rezygnacji przez osobę pana M. z dalszej współpracy nie może być oceniany jako zdarzenie powstałe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zasadnie podkreślił zamawiający, że w stosunku do profesjonalistów, za jakich można uznawać uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, miernik staranności ich działań podlega podwyższeniu zgodnie z art. 355 § 2 kodeksu cywilnego.

Jednakże nawet wysoka staranność w ubieganiu się o zamówienia nie oznacza obowiązku zapobieżenia zdarzeń z przyczyn leżących po stronie niezależnej o samego wykonawcy, w tym osoby trzeciej. Taka osobą może być zarówno osoba pozostająca w stosunku pracy z wykonawcą jak i w innej więzi prawnej, jak w sprawie rozpatrywanej. Wskazane okoliczności i przyczyny zakończenia współpracy pana M. z odwołującym są racjonalne i wiarygodne, trudno zatem wywodzić, iż za zdarzenie w jakimkolwiek stopniu ponosi odpowiedzialność wykonawca (odwołujący), a zatem uznawać, by ustanie współpracy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W taki stanie rzeczy, zważywszy, że przesłanka oznaczona powyżej jako pierwsza, nie spełniła się, skład orzekający stwierdza, że wobec wymogu art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp łącznego spełnienia trzech przesłanek dla uznania zasadności zatrzymania wadium, czynność zatrzymania wadium przez zamawiającego jest niezgodna z powołanym przepisem ustawy pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak sentencji tj. uwzględniła odwołanie i stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozstrzygnięcie zapadło w okolicznościach przewidzianych w art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy pzp wobec zawarcia umowy na zasadach dopuszczonych w ustawie za zgodą Krajowej Izby Odwoławczej wyrażoną w postanowieniu z dnia 7 marca 2021 r. sygn. akt KIO/W 9/22.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r, poz. 1129 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....