Sygn. akt KIO 1295/22

WYROK

z dnia 3 czerwca 2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez wykonawcę Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siechnicach w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Miasto Oleśnica

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Miasto Oleśnica prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia

11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa dróg o nawierzchni utwardzonej wraz z infrastrukturą techniczną na terenie osiedla pomiędzy ul. Europejską a Polną w Oleśnicy".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00086758/01.

W dniu 16 maja 2022r. wykonawca - Bickhardt Bau Polska sp. z o.o. z siedzibą w Siechnicach (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp przez przyjęcie w okolicznościach niniejszej spawy, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wydania przez Zamawiającego rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty dopiero w dniu 11 maja 2022 r. i odrzuceniu oferty Odwołującego na ww. podstawie prawnej, podczas gdy w dniu 4 maja 2022 r. upłynął termin związania ofertą, a zatem wszelkie czynności Zamawiającego powinny zostać przez niego podjęte w okresie związania ofertą. Jeśli zaś Zamawiający nie wykonał wszystkich czynności w okresie związania ofertą, a Odwołujący nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na związanie z ofertą, to uprawnienie Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy z innych przyczyn niż związanie z ofertą - wygasa.

2. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w sytuacji, Odwołujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na otrzymane wezwania, kierując do niego swoje szczegółowe wyjaśnienia w pismach z dnia 22 kwietnia 2022 r. i z dnia 27 kwietnia 2022 r., a zatem był w uzasadnionym przekonaniu o wywiązaniu się z obowiązku udokumentowania tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu zgodnie z rozdziałem XII ust. 3 ppkt 3) lit b) SWZ tj. posiada środki finansowe na minimum 12 mln PLN.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości z uwagi na naruszenie przepisów Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności związanych m.in. z wykonaniem obowiązków informacyjnych po wyborze najkorzystniejszej oferty i poinformowanie Odwołującego, którego oferta została odrzucona podając mu prawidłowe uzasadnienie faktyczne i prawne ze wskazaniem, że wyłączną podstawą do odrzucenia jego oferty było to, że nie wyraził on pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą tj. przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 12) Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 11 maja 2022 r. o dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty, w punkcie 3 ww. pisma odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że wykonawca nie udokumentował spełniania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z SWZ tj., że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na minimum 12 mln PLN. Zamawiający podniósł także to, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w wyznaczonym terminie do dnia 4 maja 2022 r. i nie przedłużył ważności wadium.

Według Odwołującego odrzucenie jego oferty nie mogło nastąpić na skutek naruszenia przez niego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp tj. z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jedyną właściwą podstawą prawną w okolicznościach niniejszej sprawy jest odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że nie wyraził on pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący podkreślił, że w dniu 11 maja 2022 r. tj. w momencie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty nie był związany ofertą, ponieważ termin ten mijał w dniu 4 maja 2022 r. Zatem wszelkie czynności Zamawiającego w ramach związania stron ofertą powinny zostać podjęte w terminie do 4 maja 2022 r. Jeśli zaś Zamawiający nie wykonał wszystkich czynności w okresie związania ofertą, a Odwołujący nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na związanie z ofertą do dnia 2 maja 2022 r., to uprawnienie Zamawiającego do odrzucenia jego oferty z innych przyczyn niż związanie z ofertą - wygasa.

Odwołujący wskazał, że w ramach prowadzonego postępowania przetargowego Zamawiający zwrócił się w piśmie z dnia 13 kwietnia 2022 r., które zostało mu doręczone o godzinie 14:15, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia, wskazanych w SWZ i nadesłanie żądanych dokumentów pocztą elektroniczną w terminie do dnia 20 kwietnia 2022 r. do godziny 12:00. W odpowiedzi na zobowiązanie Zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2022 r. o godzinie 8:52 zwrócił się z prośbą o wydłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych do dnia 27 kwietnia 2022r. wskazując na okres świąteczny oraz wydłużony czas oczekiwania na wnioskowane dokumenty. Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2022 r., doręczonym Odwołującemu o godzinie 11:10, poinformował go o przedłużeniu terminu do złożenia dokumentów do dnia 22 kwietnia 2022 r. do godz. 11:00. Wyjaśnił, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie skierował do Zamawiającego w dniu 22 kwietnia 2022 r. o godzinie 8:31 pismo oraz

przedłożył żądane dokumenty na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania jak również potwierdzające spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu szczegółowo określonych przez Zamawiającego w rozdziale XII SWZ. W piśmie tym wyjaśniał także, że z przedłożonych dokumentów wynika, że obroty na jego rachunku bankowym w okresie od 13 października 2021 r. do 13 kwietnia 2022 r. wyrażały się kwotami 8-cyfrowymi w PLN, a zatem były nie mniejsze niż 10 mln PLN. Ponadto wyjaśnił, że ma przyznaną kwotę limitu kredytowego w rachunku bieżącym w wysokości 2 mln PLN. W chwili składania oferty Bank deklarował mu zwiększenie kwoty limitu kredytowego do kwoty co najmniej 12 mln PLN. Jednak na skutek nadzwyczajnych okoliczności od niego niezależnych, Bank do dnia dzisiejszego nie potwierdził swoich deklaracji.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający jeszcze tego samego dnia tj. 22 kwietnia 2022 r. o godzinie 14:35 skierował do niego pismo, w którym na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 w związku z art. 266 Pzp i wezwał do wyjaśnienia oraz uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w SWZ. Zamawiający w tym piśmie po zapoznaniu się z przesłanymi wcześniej dokumentami, w tym dotyczącymi wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, poinformował Odwołującego się, że nie wykazał i nie udokumentował należycie posiadanych wymaganych środków/zdolności kredytowej i wezwał go do uzupełnienia ww. dokumentów, tak aby potwierdzały spełnianie warunków określonych w SWZ. W tym celu Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia dokumentów do dnia 27 kwietnia 2022 r. do godz. 11:00 w sposób przewidziany w SWZ. Wobec wydanego zobowiązania Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 27 kwietnia o godzinie 10:16 przedłożył Zamawiającemu kolejne pismo wraz z dodatkowymi dokumentami, z których wynika, że Wykonawca wykazał to, że posiada środki finansowe na swoją działalność na kwotę co najmniej 16.213.454,39 PLN. Odwołujący wskazał, że do pisma z dnia 27 kwietnia 2022 r. dołączył także uzyskane dodatkowo w dniu 26 kwietnia 2022 r. oświadczenie swojego większościowego udziałowca, a zarazem stałego partnera biznesowego tj. niemieckiej spółki Bickhardt Bau AG, z treści którego jednoznacznie wynika, że spółka ta udzieli wsparcia finansowego Odwołującemu i przekaże do jego dyspozycji do dnia 6 maja 2022 r. środki finansowe na minimum 12 mln PLN. Odwołujący wyjaśnił także, że zobowiązał się także do tego, że się gdyby Zamawiający doszedł do przekonania, że mimo złożenia wraz z niniejszym pismem dodatkowych dokumentów i wyjaśnień Odwołujący w dalszym ciągu nie wykazał należycie posiadania przez siebie środków finansowych w kwocie 12 mln PLN, wówczas Bickhardt Bau AG przekaże na rachunek Bickhardt Bau Polska sp. z o.o. kwotę 12 mln PLN na realizację tego zadania, będące wykonaniem zobowiązania, o którym mowa w złożonym Oświadczeniu z dnia 26 kwietnia 2022 r. Ponadto wyjaśnił, że w piśmie z dnia 27 kwietnia 2022 r. Odwołujący poinformował także Zamawiającego, że w jego ocenie wszystkie dokumenty jakie zostały załączone w ramach trwającego postępowania jednoznacznie wskazują, że potwierdził posiadanie środków finansowych obrazujących jego sytuację finansową niezbędną do realizacji przedmiotowego zadania publicznego. Odwołujący ponownie wskazał, że ma także przyznaną kwotę limitu kredytowego w rachunku bieżącym w wysokości 2 mln PLN. Tym samym w opinii Odwołującego z uwagi na to, że udzielił Zamawiającemu wyczerpujących odpowiedzi i przesłał wszystkie niezbędne dokumenty pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, że w pełni wywiązał się z obowiązku udokumentowania tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu zgodnie z rozdziałem XII ust. 3 pkt 3) ppkt b) SWZ tj. posiada środki finansowe na minimum 12 mln PLN. W jego ocenie przesłane dokumenty były pełne, wyczerpujące i nie zawierały żadnych braków. Przesyłając Zamawiającemu zarówno w dniu 22 kwietnia 2022 r. jak i w dniu 27 kwietnia 2022 r. żądane dokumenty i wyjaśnienia, będąc jednocześnie związanym do dnia 4 maja 2022 r. ofertą, wyjaśnił, że oczekiwał od Zamawiającego, iż w tym terminie zostanie rozstrzygnięte trwające postępowania przetargowe. Tak jednak się nie stało bowiem Zamawiający dopiero w dniu 11 maja 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednak, jak wskazał Odwołujący, w dniu 11 maja 2022 r. nie był już związany ofertą z Zamawiającym. Tym samym Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty powołując się na przesłankę braku udokumentowania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na minimum 12 mln PLN. Jedyną podstawą odrzucenia jego oferty mógł być brak związania stron ofertą. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający otrzymując od niego w dniu 22 kwietnia 2022 r. wnioskowane dokumenty i informacje jeszcze tego samego dnia dokonał ich analizy i wystosował do Odwołującego się o godzinie 14:35 wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Po ich przedłożeniu Zamawiający dopiero w dniu 11 maja 2022 r. dokonał rozstrzygnięcia postępowania. Tym samym od momentu złożenia przez niego dodatkowych wyjaśnień do chwili rozstrzygnięcia postępowania upłynęło aż 14 dni. Zamawiający miał pełną świadomość tego, że jest związany ze złożoną ofertą do dnia 4 maja 2022 r. Skierowanie przez Zamawiającego do oferentów w dniu 28 kwietnia 2022 r. pisma o przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 2 czerwca 2022 r. nie może wywierać negatywnego skutku w stosunku do Odwołującego, który związany pierwotną ofertą do dnia 4 maja 2022 r., nie złożył pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na jej przedłużenie. To Zamawiający jako gospodarz postępowania przetargowego winien prowadzić je w taki sposób aby mogło zostać zakończone w pierwotnie ustalonym przez siebie terminie, czyli do 4 maja 2022 r. Skoro Zamawiający zdecydował się nie rozstrzygać postępowania w tym wyznaczonym terminie do dnia 4 maja

2022 r., kiedy to wszyscy jego uczestnicy, a więc Zamawiający i trzej oferenci byli związani ofertą, to Zamawiający nie może odrzucać oferty wykonawcy po upływie terminu związania ofertą z innego niż ten powód. Od chwili przedłożenia przez Wykonawcę w dniu 27 kwietnia 2022 r. dodatkowych dokumentów Zamawiający miał aż 7 dni na podjęcie dalszych decyzji w prowadzonym postępowaniu przetargowym, jednak nie uczynił tego.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający w dniu 5 maja 2022 r. skierował do jego ubezpieczyciela tj. InterRisk Towarzystwa Ubezpieczeniowego S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, u którego posiada ubezpieczeniowa gwarancję zapłaty wadium pismo, w którym zażądał zapłaty kwoty 250.00,00 PLN tytułem zatrzymania wadium i wskazał, ze powyższa kwota jest mu należna z tytułu naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp. W ocenie Odwołującego pismo z dnia 5 maja 2022 r. z żądaniem zapłaty nastąpiło, kiedy to Zamawiający jeszcze nie zakończył postępowania przetargowego. W dniu skierowania tego wezwania do zapłaty z tytułu zatrzymania wadium Zamawiający ani nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, ani nie odrzucił oferty, a także nie unieważnił trwającego postępowania przetargowego. W momencie skierowania do ubezpieczyciela żądania zapłaty Zamawiający także nie umieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacji o dokonanym wyborze. Tym samym skoro Odwołujący nie złożył w terminie do 4 maja 2022 r. oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a Zamawiający do tego dnia nie zakończył postępowania przetargowego, to w ocenie Odwołującego się nieuprawniona pozostawała próba uzyskania przez Gminę Miasto Oleśnica kwoty 250.000,00 PLN z tytułu zatrzymania wadium. Zwrot wadium na rzecz Odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy powinien nastąpić na podstawi art. 98 ust. 1 pkt 1) Pzp tj. na skutek upływu terminu związania ofertą, który to termin definitywnie zakończył się w dniu 4 maja 2022 r. Zamawiający nie może zatrzymać wadium w sytuacji, kiedy Wykonawca odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i przekazał żądane informacje i dokumenty.

Przesłanką zatrzymania wadium nie może być fakt, że złożone w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oświadczenia lub dokumenty nie zostały pozytywnie ocenione przez Zamawiającego jako wykazujące spełnianie postawionych warunków. Tym samym działania Zamawiającego podjęte u ubezpieczyciela Odwołującego, które zmierzają do zatrzymania wadium z powodu nie wykazania posiadanych środków finansowych należy uznać za nieuprawnione.

Odwołujący podkreślił, że wskazanie przez Zamawiającego dwóch różnych podstaw prawnych i faktycznych, które stały się przesłankami odrzucenia jego oferty winno podlegać zmianie. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie może dokonać odrzucenia jego oferty wskazując na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez nie udokumentowanie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na minimum 12 mln PLN w sytuacji, kiedy nie był on związany ofertą. Podstawą prawną odrzucenia oferty Wykonawcy może być wyłącznie art. 226 ust. 1 pkt 12) Pzp. W ocenie Odwołującego obie wskazane przez Zamawiającego podstawy prawne nie mogą występować łącznie, bowiem wzajemnie się wykluczają. Zdarzenie polegające na upływie terminu związania ofertą pochłania inne zdarzenia prawne np. związane z brakiem przedstawienia właściwych dokumentów. W sytuacji upływu terminu związania ofertą wygasa stosunek prawny łączący strony, a więc Zamawiającego i Wykonawcę, a prowadzone w dalszym ciągu postępowanie przetargowe nie może się dalej toczyć między tymi konkretnymi stronami.

W ocenie Odwołującego się analiza ww. wskazanych przepisów Pzp w świetle niniejszego stanu faktycznego oraz orzecznictwa zarówno sądowego jak i Krajowej Izby Odwoławczej, prowadzi do wniosku, że przyjęte przez Zamawiającego stanowisko, które zostało wyrażone w punkcie 3. pisma z dnia 11 maja 2022 r. o podstawach faktycznych i prawnych odrzucenia jego oferty - jest nieprawidłowe, a tym samym stanowi naruszenie przepisów prawa.

Odwołujący uzasadniając wystąpienie po jego stronie interesu do wniesienia odwołania wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę z dwóch powodów. Pierwszym z nich było naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp a drugim naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 12) Pzp. Według Odwołującego odrzucenie jego oferty powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu skutkować będzie zatrzymaniem wadium przez Zamawiającego na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1) Pzp. Natomiast taka sytuacja nie znajdzie zastosowania w sytuacji odrzucenia przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12) Pzp. W związku z powyższym mając na uwadze dwie wzajemnie wykluczające się podstawy prawne, z których doszło do odrzucenia przez Zamawiającego oferty oraz związane z tym skutki dotyczące wadium, Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozpoznaniu przez Izbę przedmiotowego odwołania, gdyż nieuwzględnienie odwołania skutkować będzie, tym, że w obrocie prawnym pozostanie niezgodna z przepisami Pzp czynność Zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czego konsekwencją stanie się zatrzymanie przez Zamawiającego wadium, a tym samym dojdzie do wyrządzenia

szkody w jego majątku. Ponadto Odwołujący wskazał, że posiada także interes prawny do wniesienia odwołania bowiem w sytuacji braku zaskarżenia wydanego rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty i następnie złożeniu już po upływie terminu do wniesienia odwołania wniosku o zwrot wadium, Zamawiający rozpatrując wniosek Odwołującego zatrzymałby wadium powołując się na podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Pzp podczas, gdy prawidłowa podstawa prawna do odrzucenia oferty Wykonawcy w niniejszej sprawie znajduje się w treści art. 226 ust. 1 pkt 12) Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. W jego ocenie Odwołujący poprzez błędne sformułowanie zarzutów odwołania, nie posiada interesu prawnego w rozstrzygnięciu odwołania. Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ponieważ Odwołujący nie zakwestionował a wręcz potwierdza drugą z przesłanek odrzucenia — art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp, nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Nawet uwzględnienie odwołania wykonawcy w całości nie będzie miało żadnego wpływu na wynik postępowania, wbrew twierdzeniu Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, ponadto sama czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu nie powoduje, że Odwołujący poniósł lub mógł ponieść szkodę. Czynnością powodującą szkodę u niego jest bowiem czynność zatrzymania wadium a nie czynność odrzucenia oferty. Tymczasem Odwołujący — choć z treści odwołania wynika, że tak naprawdę dąży do odzyskania wadium, nie zakwestionował tejże czynności Zamawiającego w odwołaniu, a w jego żądaniach brak jest żądania unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt. 1 Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 Pzp, co skutkuje niemożnością wyboru oferty w/w firmy jako najkorzystniejszej w postepowaniu. Nie ma zatem wśród przesłanek zatrzymania wadium wskazania, że oferta Wykonawcy musi zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Pzp. Podstawą zatrzymania wadium jest czynność (lub jej zaniechanie przez Wykonawcę) uzupełnienia dokumentów na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, w taki sposób, że niemożliwe staje się wybranie oferty wezwanego Wykonawcy. Zatem nawet w przypadku hipotetycznego uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu sprostowania przesłanek odwołania i uchylenia przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp, nie będzie to miało wpływu na czynność zatrzymania wadium. Odwołujący bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp z dnia 22 kwietnia 2022 r. złożył w dniu 27 kwietnia 2022 r. dokumenty podmiotowe w taki sposób, że Zamawiający nie mógł wybrać jego oferty jako najkorzystniejszej i Zamawiający kontynuował czynności badania i oceny ofert bez uwzględnienia już w tym procesie jego oferty. Zamawiający zauważył ponadto, że Odwołujący nie zakwestionował w ogóle prawidłowości decyzji Zamawiającego w zakresie spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu lecz kwestionuje jej formalny aspekt tj. podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty na w/w podstawie już po terminie związania ofertą. Zamawiający wyjaśnił także, że podjął decyzję o zatrzymaniu wadium w dniu 4 maja 2022 r., a więc jeszcze w terminie związania ofertą, na podstawie przesłanki, która zaistniała w dniu 27 kwietnia 2022 r. Pismo to gwarant otrzymał w dniu 5 maja 2022 r. Zgodnie z powyższym, przesłanka zatrzymania wadium zaistniała w dniu, w którym Odwołujący był w pełni związany ofertą, a zatem Zamawiający od tej chwili był uprawniony do dokonania zatrzymania wadium w sposób zgodny z treścią otrzymanej gwarancji. Zamawiający zgodnie z tą treścią zobowiązany był dostarczyć wezwanie do zapłaty wadium w terminie 3 dni od daty upływu gwarancji (4.05.2022 r.), tj. do dnia 7 maja 2022 r., co też uczynił. Dokonanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty z powodu niespełniania warunków lub też nie dokonanie takiej czynności z powodu upływu terminu związania ofertą jest bez znaczenia dla zatrzymania wadium — chyba, żeby Odwołujący udowodnił, że dokonał uzupełnienia w taki sposób, że potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co w niniejszej sprawi nie ma miejsca.

Zamawiający zauważył także, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 253 ust. 1 Pzp nie można zatem przyjąć za prawidłową tezę Odwołującego, że Zamawiający w zbyt długi sposób dokonywał oceny dokumentów złożonych przez niego, bowiem jak wynika z ww. przepisu Zamawiający musi przeprowadzić całość czynności w postępowaniu i nie może dokonywać np. czynności informacji o odrzuceniu jednej z ofert, a później, gdy zajdą ku temu podstawy np. następnej, lecz powinien poinformować o tychże czynnościach wszystkich wykonawców równocześnie z wyborem najkorzystniejszej oferty. Tak też uczynił Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Gdy Odwołujący w dniu 27 kwietnia 2022 r.

uzupełnił dokumenty w taki sposób, że jego oferta nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający wezwał następnego w kolejności z wykonawców z najwyższą liczbą punktów, oceniając jego ofertę jako najkorzystniejszą, do złożenia dokumentów podmiotowych i gdy zakończył czynności w taki sposób, że możliwy był wybór najkorzystniejszej oferty, poinformował Wykonawców o tymże fakcie, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt. 2 informując także o ofertach podlegających odrzuceniu.

Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu — art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Pzp, bowiem jest to logicznym następstwem czynności Zamawiającego dokonanych w postępowaniu. Zamawiający pierwotnie ocenił ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą i wezwał go do złożenia, a następnie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Ponieważ wynik weryfikacji tychże dokumentów był negatywny, to Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania poinformował o odrzuceniu oferty będącym skutkiem tej weryfikacji, o tym dlaczego Zamawiający nie mógł tego uczynić zaraz pod dokonaniu tejże weryfikacji a dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, było już wyżej. Ponadto Zamawiający podkreślił, że nawet w przypadku interpretacji, że gdy mamy do czynienia z upływem terminu związania ofertą, to jedyną przesłanką odrzucenia jest art. 226 ust. 1 pkt. 12 ustawy, nie ma to wpływu na kwestię zatrzymania wadium. Upływ terminu związania ofertą nie może sanować braku należytej staranności w uzupełnianiu dokumentów, jeżeli Zamawiający w terminie ważności wadium podjął czynności niezbędne do jego zatrzymania. Konstrukcja art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy, powodująca sankcję za zawinione nie uzupełnienie dokumentów nie odnosi się do kwestii czy Zamawiający odrzucił ofertę czy też nie. Ważne jest zatem czy zmaterializowała się przesłanka określona w art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy i czy Zamawiający dokonał zatrzymania wadium zgodnie z treścią dokumentu wadialnego, a nie czy odrzucił ofertę z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 11 maja 2022r. odrzucił ofertę Odwołującego „na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 ppkt. b oraz pkt. 12 Pzp, bowiem Wykonawca nie udokumentował spełniania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z rozdz. XII ust. 3 pkt. ppkt b SWZ tj. że Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolnością kredytową na min. 12 mln PLN; ponadto Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w wyznaczonym terminie do dnia 04.05.2022 r. i nie przedłużył ważności wadium”.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zakwestionował czynność Zamawiającego zarzucając jej naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp i wniósł o powtórzenie czynności związanych m.in. z wykonaniem obowiązków informacyjnych po wyborze najkorzystniejszej oferty i poinformowanie Wykonawcy, którego oferta została odrzucona podając mu prawidłowe uzasadnienie faktyczne i prawne ze wskazaniem, że wyłączna podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego było to, że nie wyraził on pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą tj. przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 12) Pzp.

Izba uwzględniając treść zarzutów zawartych w odwołaniu oraz postawionych żądań stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać po jego stronie interesu w kontekście art. 505 Pzp. Podkreślić należy, że interes w rozumieniu powyższego przepisu należy rozpatrywać tylko i wyłącznie w kontekście tego aktualnie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. należy dążyć do ustalenia, czy Odwołujący poprzez wniesienie odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. W przedmiotowej sprawie brak jest tego interesu albowiem Odwołujący nie dąży ani do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, ani też do ogłoszenia nowego postępowania. Celem Odwołującego jest jedynie

modyfikacja podstawy prawnej odrzucenia jego oferty, tj. wskazanie, że wyłączną podstawą odrzucenia jego oferty jest przepis art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z tym, iż nie wyraził on pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący w związku z tym godzi się z odrzuceniem jego oferty, a więc tym samym, sam rezygnuje z możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Taka natomiast konstrukcja zarzutów i żądań odwołania prowadzi do stwierdzenia, że Odwołujący nie kwestionując swojego odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp na moment orzekania definitywnie utracił status wykonawcy, gdyż czynność Zamawiającego odrzucająca ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp stała się prawomocna. W konsekwencji rozstrzygnięcie podjęte w niniejszym postępowaniu nie może doprowadzić do uzyskania przez Odwołującego zamówienia publicznego. W związku z powyższym skoro Odwołujący utracił status wykonawcy a tym samym szansę na uzyskanie zamówienia w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego to posiadanie interesu w rozumieniu przepisu art. 505 Pzp musiało zostać ocenione pod kątem osiągnięcia zamierzonego celu, tj. uzyskania zamówienia w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności, czy zaniechań Zamawiającego. W ocenie Izby ocena taka wypadła negatywnie, co w konsekwencji wiąże się z koniecznością oddalenia przedmiotowego odwołania.

Ponadto podkreślić należy, że nawet potencjalne stwierdzenie przez Izbę, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp było nieprawidłowe, nie spowoduje możliwości uwzględnienia odwołania, gdyż z uwagi na przepis art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

1) naruszenie przepisów ustawy oraz

2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt: IV CSK 291/13. Innymi słowy - z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. Taka sytuacja natomiast nie ma miejsca w rozpoznawanym stanie faktycznym. Jak bowiem wskazano, nawet pomimo stwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, oferta Odwołującego w dalszym ciągu pozostanie odrzucona, a więc w żaden sposób nie wpłynie to na wynik postępowania, co w konsekwencji skutkuje oddaleniem odwołania.

Na marginesie zauważyć także należy, że wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający podjął decyzję o zatrzymaniu wadium w dniu 4 maja 2022 r., a więc jeszcze w terminie związania Odwołującego ofertą. Powyższe natomiast wprost potwierdza, że w tym dniu, tj. 4 maja 2022r. Zamawiający zakończył ocenę i badanie oferty Odwołującego w wyniku których to czynności uznał, że w postępowaniu zaistniała przesłanka zatrzymania wadium, a oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Fakt natomiast, że Zamawiający o odrzuceniu oferty Odwołującego poinformował go dopiero w dniu 11 maja 2022r. wynika bezpośrednio z dyspozycji przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Żaden przepis Pzp nie nakazuje Zamawiającemu natychmiastowego informowania każdego w wykonawców biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu ich ofert. Czynność ta bowiem następuje dopiero wraz z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, która w niniejszym postępowaniu została wybrana w dniu 11 maja 2022r.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp.

Przewodniczący: .....