Sygn. akt: KIO 164/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Małgorzata Matecka

Protokolantka:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę MILLANO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Przeźmierowie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

   2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

   Na orzeczenie - w terminie 14 pośrednictwem Prezesa Krajowej

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -

Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt: KIO 164/24

Uzasadnienie

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w imieniu zamawiających: Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Białymstoku, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Bydgoszczy, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Gdańsku,

Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Kaliszu, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Kielcach, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Lublinie, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Olsztynie, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Opolu, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Poznaniu, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Raciborzu, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Radomiu, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Słupsku, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Szczecinie, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Wałbrzychu, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Warszawie, Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa we Wrocławiu oraz Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Zielonej Górze, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą "Sukcesywna dostawa pakietów czekolad dla zrównoważenia wysiłku energetycznego dla Honorowych Dawców Krwi". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 lipca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 129-406966.

I. W dniu 15 stycznia 2024 r. wykonawca MILLANO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Przeźmierowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, że Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy;

2. czynności Zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych poprzez stwierdzenie, że Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, odmówił podpisania umowy

w sprawie zamówienia publicznego i w konsekwencji zatrzymanie na podstawie tego przepisu wniesionego przez Odwołującego wadium, podczas gdy nie zaistniały jakiekolwiek przesłanki do zatrzymania wadium.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na uznaniu, że Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

2. unieważnienia czynności polegającej na zatrzymaniu wadium Odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 6 lutego 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 14 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzona była korespondencja pomiędzy Odwołującym a zamawiającymi (RCKiK) i Narodowym Centrum Krwi w Warszawie. W ostatnim dniu terminu związania ofertą (5 grudnia 2023 r.) Odwołujący wystąpił do zamawiających z wnioskami o zmianę umowy poprzez podwyższenie wynagrodzenia.

W dniu 13 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a w dniu 22 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Natomiast w dniu 28 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 4 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że stwierdza uchylanie się przez Odwołującego od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i w związku z tym jest on zobowiązany do zatrzymania wadium Odwołującego zgodnie z przepisem art. 98 ust. 6 Pzp pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie zgadza się Odwołujący. Zdaniem Odwołującego przedstawione przez niego w odwołaniu okoliczności faktyczne bezspornie wskazują, że

w okresie od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty do dnia upływu terminu związania ofertą przeważająca część aktywności w przedmiocie przygotowań do rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy - chociażby z uwagi na liczbę Zamawiających, z którymi Odwołujący musiał się na bieżąco kontaktować - leżała po stronie Odwołującego. Zdaniem Odwołującego z twierdzeń, jak i dowodów powołanych w ww. piśmie Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2024 r., nie wynika, aby miały miejsce takie działania Odwołującego, które mogłyby wprost lub w sposób dorozumiany sugerować, że nie był on zainteresowany realizacją kontraktu. Odwołujący m.in. wskazywał na zasadność złożonego do zamawiających (RCKiK) wniosku z dnia 5 grudnia 2024 r. o zmianę umowy w zakresie podwyższenia wynagrodzenia.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego przedstawionym w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 r., IV CSK 291/13, zachowującym aktualność również na gruncie obecnego stanu prawnego: „Sprawa o zwrot wadium zatrzymanego przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4 a p.z.p. (a ściślej o zasądzenie jego wartości) jest sprawą cywilną w sensie materialnoprawnym i formalnym (art. 1 k.p.c.). Pogląd o dopuszczalności sądowego dochodzenia roszczenia o zwrot wadium bez konieczności czy potrzeby uprzedniego wykorzystywania przez powoda środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. został wyrażony w wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego bądź wprost bądź pośrednio - przez niekwestionowanie faktu przeprowadzenia postępowania sądowego w sprawie zainicjowanej pozwem o zasądzenie równowartości wadium i merytorycznego rozstrzygnięcia sporu przez sądy powszechne (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, niepubl., z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, z dnia 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 444/12, z dnia 13 października 2011 r., V CSK 475/10, z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12).

(…) Art. 179 ust. 1 p.z.p. przewiduje, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym po nowelizacji, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W świetle przytoczonych regulacji trudno przyjąć, aby wykluczony uczestnik przetargu, który nie kwestionuje swojego wykluczenia i nie jest zainteresowany dalszym uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie chce odzyskać wadium, miał interes w rozumieniu art. 179 ust p.z.p. w złożeniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Interes ten wynika bowiem z obiektywnej potrzeby doprowadzenia przez skarżącego do wydania przez K.I.O. określonego rozstrzygnięcia przewidzianego w art. 192 p.z.p., potrzeby stanowiącej konsekwencję utraty możliwości uzyskania przez skarżącego zamówienia lub możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Interes ten pozostaje w integralnym związku z tokiem postępowania o udzielenie zamówienia, o czym świadczy art. 192 ust. 2 p.z.p. przewidujący, że K.I.O. uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowanie postanowień takiej umowy.

Czynność zatrzymania przez zamawiającego wadium nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, a więc nie wpływa na wynik postępowania w powyższym rozumieniu.”

Jak wskazał SN ustawa Pzp nie przewiduje możliwości wydania przez Izbę rozstrzygnięć odnoszących się bezpośrednio do żądania zasądzenia od zamawiającego na rzecz wykluczonego wykonawcy zatrzymanego wadium, co czyni wątpliwym cel wnoszenia oraz skuteczność odwołań opartych jedynie na argumencie bezpodstawności zatrzymania wadium, a to wobec braku wpływu czynności zatrzymania wadium na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na ww. stanowisko Sądu Najwyższego powołał się Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 46/22, stwierdzając, że „kwestia prawidłowości zatrzymania wadium należy do kognicji Sądu cywilnego. Cywilnoprawny charakter sporu o zwrot wadium potwierdza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r., IV CSK 291/13, które zachowuje swoją aktualność w obecnym stanie prawnym, a w którym stwierdzono m.in., że sprawa o zwrot wadium zatrzymanego przez zamawiającego na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp z 2004 r. (a ściślej o zasądzenie jego wartości) jest sprawą cywilną w sensie materialnoprawnym i formalnym. W konsekwencji rozpatrywanie tych roszczeń przez inny organ niż sąd cywilny byłoby uzasadnione jedynie w wypadku, gdyby stanowiła o tym wyraźnie ustawa.

Zgodnie z przepisem art. 98 ust. 6 Pzp pkt 2 lit. a ustawy 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, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.

Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy 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.

Zgodnie z przepisem art. 554 pkt 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Ponadto, zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania

postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

Natomiast zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na: niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, co następuje:

Skoro zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 7 pkt 18 ustawy Pzp), to nie podlega również ocenie w postępowaniu odwoławczym (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp a contrario). To samo dotyczy odmowy zawarcia umowy, gdy brak jest związku z innymi czynnościami bądź zaniechaniami zamawiającego, mogącymi mieć znaczenie dla wyniku postępowania. Odmowa przez wykonawcę zawarcia umowy stanowi podstawę zatrzymania wadium. Stwierdzenie odmowy przez wykonawcę zawarcia umowy jest stwierdzeniem pewnego faktu,

a nie czynnością zamawiającego, podlegającą zaskarżeniu w drodze odwołania. Tak samo stwierdzenie przez zamawiającego uchylania się przez wykonawcę od zawarcia umowy. Zgodnie z przepisem art. 263 ustawy Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie. W tym przypadku uchylanie się przez wykonawcę od zawarcia umowy jest podstawą dokonania przez zamawiającego czynności określonych w ww. przepisie, tj. ponownego badania i oceny oferty i wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia – które to czynności wykonawca może zaskarżyć w drodze odwołania. Jeżeli zaś chodzi o czynność zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, to należy stwierdzić, że ocena tej czynności przez Izbę nie ma żadnego znaczenia dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, wniesienie odwołania na tę czynność, mając na uwadze regulację art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie może doprowadzić do pozytywnego dla odwołującego wyniku postępowania odwoławczego, tj. uwzględnienia odwołania. Ponadto, przepis art. 505 ustawy Pzp należy interpretować w powiązaniu z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Skoro odwołanie złożone wyłącznie na czynność zatrzymania wadium nie podlega uwzględnieniu z uwagi na brak wpływu ewentualnego naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, to należy uznać, że odwołujący nie posiada interesu w jego wniesieniu (art. 505 ust. 1 ustawy Pzp). Taka sytuacja wystąpiła w rozpoznanej przez Izbie sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp a contrario.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: …….