

**WYROK**

**z dnia 19 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

przewodniczący Anna Packo

członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak

Andrzej Niwicki

protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa oraz Acciona Infraestructuras S.A. Alcobendas, Parque Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18, Madryt, Hiszpania**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Gmina Wierzchosławice Wierzchosławice 550, 33-122 Wierzchosławice**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa oraz Acciona Infraestructuras S.A. Alcobendas, Parque Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18, Madryt, Hiszpania i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty uiszczanego przez nich wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **UZASADNIENIE**

### **do wyroku KIO 2181/10 z 19 października 2010 r.**

Zamawiający – Gmina Wierzchosławice prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę kanalizacji sanitarnej w Gminie Wierzchosławice – Aglomeracja Tarnów – Zlewnia Dunajec” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 maja 2010 r. w Dz.Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

29 września 2010 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. otrzymał od Zamawiającego informację o zatrzymaniu przez niego wadium, na którą to czynność 7 października 2010 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu bezprawne zatrzymanie wadium, z naruszeniem art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący stwierdził, że jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także poniósł szkodę w wyniku zatrzymania przez Zamawiającego wadium, co wyczerpuje przesłankę z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium i zwrot wadium.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że 8 września 2010 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w trakcie oceny ofert powziął wątpliwości co do prawidłowości potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego i 30 sierpnia 2010 r. wezwał go do wyjaśnienia treści dokumentów, a następnie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że nie zachodzi potrzeba uzupełnienia dokumentów, gdyż złożone wraz z ofertą są wystarczające do uznania, że warunek udziału w postępowaniu jest spełniony, wskazał również na własne rozumienie

warunku, a także na nieprawidłową i nie wynikającą z ich brzmienia interpretację dokonywaną przez Zamawiającego, stwierdzając jednocześnie, że gdyby Zamawiający nie podzielił tej argumentacji, to fakt nieposiadania przez Odwołującego wymaganego doświadczenia nie jest przesłanką zatrzymania wadium. Zamawiający nie uwzględnił stanowiska Odwołującego co do posiadanego doświadczenia i wykluczył go z postępowania. Odwołujący nie wniósł na tę czynność odwołania, nie oznacza to jednak, że została ona dokonana prawidłowo, a tylko nie może być podważana po upływie terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący przyjął do wiadomości skutki wykluczenia z postępowania, jednak czynność zatrzymania wadium jest nieprawidłowa. Przyczyny zatrzymania wadium Zamawiający wskazał tylko w żądaniu zapłaty kierowanym do gwaranta – Odwołujący nie uzupełnił dokumentów, których dotyczyło wezwanie oraz nie udowodnił, że nie wynika to z przyczyn leżących po jego stronie. Jeśli jednak nawet Zamawiający doszedł do wniosku, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to przyczyna nieuzupełnienia dokumentu spoczywa nie na wykonawcy, lecz na Zamawiającym, który poprzez niejasne sformułowanie warunku przyczynił się do nieuzupełnienia dokumentu, a tym samym nie zachodzi przesłanka zatrzymania wadium – niejasne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu stało się przyczyną niemożności uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia. Poza tym, jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający przywołał dwie przesłanki wykluczenia – art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc złożenie przez Odwołującego informacji nieprawdziwych w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i nieuzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Odwołujący stwierdził, że podanie informacji nieprawdziwych jest samoistną przesłanką wykluczenia z postępowania i nie pozwala na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jeśli więc przyjąć, że miało ono miejsce, to wezwanie do uzupełnienia dokumentów ma charakter bezprawny, a więc niezareagowanie na nie nie może wywoływać negatywnych skutków prawnych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, gdyż nie zasługuje ono na uwzględnienie zarówno z przyczyn formalnych, jak i materialnych. Wskazał, iż 23 września 2010 r. zawarł umowę z wybranym wykonawcą, a Odwołujący nie odwołał się od tej czynności. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Skoro postępowanie zostało zakończone zawarciem umowy, odwołanie jest bezprzedmiotowe. Zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego następuje po zakończeniu postępowania i jest skutkiem przeprowadzonego postępowania. W tej sytuacji Odwołujący nie ma możliwości dalszego uczestniczenia w postępowaniu, a więc interesu do wnoszenia odwołania, nie spełnia zatem przesłanki art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych. Instytucja zatrzymania wadium, chociaż przewidziana w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych i mająca za podstawę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest związana z samym uzyskaniem zamówienia, KIO nie jest zatem kompetentna do wydania orzeczenia w sprawie zatrzymania wadium w sytuacji, gdy nie jest ono związane z możliwością dalszego uczestnictwa wykonawców w postępowaniu. Ponadto, zgodnie z art. 192 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W świetle art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotem odwołania nie może być np. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, stosownie bowiem do definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarcie umowy następuje po zakończeniu postępowania i jest skutkiem przeprowadzonego postępowania. Przywołane przez Odwołującego postanowienie SN, sygn. V CSK 456/09 z 7 maja 2010 r., nie stanowi wykładni w niniejszej sprawie. Legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu

uczestnikowi postępowania, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, a Odwołujący w niniejszej sprawie go nie posiada, gdyż postępowanie zostało już zakończone, nie poniósł też szkody o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych rozumianej jako niemożność uzyskania zamówienia, zaś działanie Zamawiającego w zakresie zatrzymania wadium było prawidłowe.

Nie jest uprawnione i prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający wprowadził go w błąd formułując warunki udziału w postępowaniu, jasne jest bowiem, że roboty budowlane wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku posiadanego doświadczenia muszą być wykonane tj. cały kontrakt musi być zrealizowany i zakończony, a roboty wykazane przez Odwołującego nie zostały w całości ukończone na dzień składania ofert. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wskazał, jakie są braki dokumentu, wezwanie było jednokrotne w tym zakresie i nastąpiło w wyniku powtórzenia czynności oceny ofert po wyroku KIO. Odwołujący zobowiązany był na wezwanie Zamawiającego przedłożyć dokument, inną zaś sprawą była ocena tego dokumentu pod względem spełniania warunku posiadania wiedzy. Odwołujący dokumentu nie uzupełnił i nie przedstawił innych dokumentów potwierdzających wykonanie robót, przesłał tylko kolejne wyjaśnienia, że roboty w Gminie Tychy, chociaż nie ukończone, są prawidłowo wykazane. Zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający w tej sytuacji był zobowiązany do zatrzymania wadium. Uwzględniając nawet stanowisko zawarte w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej UZP, z której wynika, iż uzupełnienie dokumentu na wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie skutkuje zatrzymaniem wadium, nie dotyczy ono sytuacji Odwołującego, który nie złożył dokumentu, o który był wzywany. Odwołujący złożył nieprawdziwą informację polegającą na wykazaniu w wykazie robót robót niezakończonych oraz posłużył się referencjami, które nie potwierdzają ukończenia robót na dzień składania ofert. Złożenie nieprawdziwej informacji w sytuacji, gdy nie dotyczy ona całego dokumentu, a tylko jego części, nie może stanowić samoistnej podstawy do wykluczenia

wykonawcy z postępowania. W takim przypadku nieprawdziwe dane w zakresie jednych robót skutkują koniecznością wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu jako wadliwego, co Zamawiający uczynił. A zatem zarzut Odwołującego, iż skoro podał nieprawdziwe informacje, nie powinien być wzywany do uzupełnienia dokumentu, jest chybiony.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych pismach, wraz z załącznikami, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała również, iż, na gruncie obecnego brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odnosi się nie tylko do obecnego, tj. realnego w chwili składania odwołania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, ale także przeszłego („ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia”), Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania. Została spełniona również przesłanka w postaci zaistnienia szkody w wyniku wskazywanego, potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w postaci utraty kwoty wniesionej tytułem wadium.

Izba stwierdziła również, iż z brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia...” można wnioskować, że po zakończeniu postępowania – zawarciu umowy odwołanie nie przysługuje, jednak tej literalnej wykładni przeczą dalsze przepisy ustawy, zwłaszcza art. 182 ust. 4, który wprost odnosi się do możliwości składania odwołań po zawarciu umowy. W ustawie brak także dotychczasowego art. 180 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wniesienie protestu

(początkującego korzystanie ze środków ochrony prawnej) było dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy. W związku z powyższym Izba uznała, iż art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wyklucza możliwości złożenia odwołania już po zakończeniu postępowania, a przy zachowaniu terminów określonych w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma również podstaw do odrzucenia odwołania.

W odniesieniu do zarzutu nieuprawnionego zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła przede wszystkim, iż rozpoznając niniejsze odwołanie nie bada poprawności wezwania do uzupełnienia dokumentów ani wykluczenia Odwołującego z postępowania, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a nawet w przypadku podniesienia w odwołaniu takiego zarzutu, rozpoznanie w tym zakresie byłoby obejściem przepisów ustawy – art. 189 ust. 2 pkt 3 nakazującego odrzucenie odwołania wniesionego po terminie, a tym samym zakazującego merytorycznego rozpoznania takiego zarzutu. Tym samym Izba uznała decyzję Zamawiającego o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i wykluczeniu Odwołującego za „prawomocną” i, zakładając jej poprawność, odnosi się do samych okoliczności późniejszego zatrzymania wadium.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Z powyższego przepisu nie wynika, że stwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji automatycznie skutkuje wyłączeniem stosowania konsekwencji w postaci zatrzymania wadium, w postępowaniu mogą bowiem zachodzić obie okoliczności – zarówno złożenie nieprawdziwych informacji, jak i niezuzupełnienie wymaganych dokumentów, a ich wzajemny stosunek często wynika z tego, w którym momencie złożenie nieprawdziwych informacji (wpływających na wynik postępowania) zostanie stwierdzone. W przedmiotowym przypadku Zamawiający złożenie nieprawdziwych



informacji mających wpływ na wynik postępowania wywiódł wtórnie z nieprzedłożenia przez Odwołującego dokumentów, do uzupełnienia których był wezwany. Poza tym, jak już stwierdzono powyżej, rozpatrywanie poprawności wezwania jest niedopuszczalne.

W niniejszym postępowaniu bezsporne jest, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego nie przedłożył mu dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia – według oświadczenia Odwołującego wynikało to z faktu, iż prawidłowe dokumenty wskazujące na wykonanie robót budowlanych przedstawił wraz z ofertą, natomiast nie był w stanie wykazać się żadnymi innymi robotami, które spełniałyby warunek w takim rozumieniu, w jaki wymagał tego Zamawiający. Przy założeniu prawdziwości tego oświadczenia, które nie było kwestionowane przez Zamawiającego, oraz poza zagadnieniem udowodnienia Zamawiającemu tej okoliczności, Izba stwierdza, iż rzeczywiście, trudno obciążać wykonawcę konsekwencjami nieuzupełnienia wykazu wykonanych robót, jeżeli nie mógł on wskazać żadnych robót o oczekiwanych cechach, czy też o roboty, których nie wykonał. Również przedłożenie dokumentu, który zawierałby jakiegokolwiek roboty, nawet w ocenie wykonawcy niespełniające postawionego warunku, aby Zamawiający, jak twierdzi, mógł je samodzielnie „ocenić”, mija się z celem instytucji uzupełnienia dokumentów. Oczywiście niespełnienie warunku udziału w postępowaniu jest w pewnym sensie „przyczyną leżącą po stronie wykonawcy” (ponieważ to on nie spełnia postawionego warunku), jednak nie w znaczeniu, w jakim użyto tego określenia w niniejszym przepisie – w rozumieniu celu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać to za obiektywną przyczynę niemożności uzupełnienia dokumentu „nieleżącą po stronie wykonawcy”, ponieważ wykonawca takim dokumentem nie dysponuje, a nie dysponuje nim, gdyż nie wykonywał wymaganych robót i tym samym nie może ich wskazać w celu wykazania spełnienia warunku.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w niniejszym postępowaniu została zawarta umowa, a odwołanie nie dotyczy okoliczności mających wpływ na wynik postępowania oraz dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba może uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....

**Członkowie**

.....

.....