

**WYROK**  
z dnia 17 września 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**        **Emil Kawa**  
   **Katarzyna Brzeska**  
   **Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant:**            **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 września 2013 r.** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2013 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Krakowskie Zakłady Automatyki Kraków S.A., Zakład Automatyki Kolejowej - Grupa KZA Sp. z o.o. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

-po stronie Zamawiającego:

a) Konsorcjum firm: Thales Polska Sp. z o.o., Thales Austria GmbH, ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań,

-po stronie Odwołującego:

a) Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
  
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Krakowskie

Zakłady Automatyki Kraków S.A., Zakład Automatyki Kolejowej - Grupa KZA Sp. z o.o. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Krakowskie Zakłady Automatyki Kraków S.A., Zakład Automatyki Kolejowej - Grupa KZA Sp. z o.o. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Krakowskie Zakłady Automatyki Kraków S.A., Zakład Automatyki Kolejowej - Grupa KZA Sp. z o.o. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków, na rzecz **Zamawiającego** - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

### Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS Poziom 1 na ciągu linii E20/CE20 odcinek Kunowice - Warszawa” TEN-T 2011-PL-60002-P, nr referencyjny postępowania: 9090/IRZR/000008/13/P.

W trakcie niezakończonego jeszcze etapu badania i oceny ofert, zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2013 roku wezwał wykonawcę – konsorcjum firm: Krakowskie Zakłady Automatyki Kraków S.A., Zakład Automatyki Kolejowej - Grupa KZA Sp. z o.o. Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków, zwany dalej „odwołującym” w trybie art. 26 ust 3 i 4, do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Termin dostarczenia do siedziby zamawiającego dokumentów wyznaczony został na dzień 21 czerwca 2013 r. na godz. 12:00.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- art. 7 ust 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez pozostawienie bez odpowiedzi wniosku o wydłużenie terminu do złożenia wyjaśnień i przedłożenie dokumentów w trybie art. 26 ust 3 i 4 Ustawy pomimo telefonicznych zapewnień w tym zakresie
- art. 25 ust 2 Ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie Wykonawcy do złożenia dokumentu innego niż wymagane przepisami
- art. 26 ust. 3 Ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne wezwanie Wykonawcy do złożenia dokumentów,
- art. 46 ust. 4 a - Ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium,
- art. 46 ust 4 a Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, dlaczego nie doszło w terminie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Ustawy,
- art. 46 Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak poinformowania przez Zamawiającego Wykonawcy o zatrzymaniu wadium wraz ze wskazaniem okoliczności uzasadniających jego zatrzymanie,
- punktu 8.3.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez wezwanie Wykonawcy do złożenia innego dokumentu niż określony wymogami SIWZ
- punktu 9.1.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez wezwanie

Wykonawcy do złożenia innego dokumentu niż określony wymogami SIWZ

W związku z powyższym, wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na bezpodstawnym zatrzymaniu wadium odwołującego;
3. nakazanie zamawiającemu uwzględnienia oświadczeń i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odnosząc się do treści tego wezwania odwołujący podniósł, że wezwanie skierowane do wykonawcy sformułowane zostało w sposób nieprecyzyjny, nie wskazujący jasno, czego oczekuje zamawiający. Wskazana w wezwaniu podstawa prawna - art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) - sugerowała, iż zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów, podczas gdy z treści pkt II oraz treści ostatecznego pytania wynikało raczej, iż zamawiający domagał się wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Postawione w piśmie pytanie, *czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia*, było zdaniem odwołującego bezprzedmiotowe, gdyż okoliczność ta jasno wynikała ze złożonego przez wykonawcę oświadczenia. Z treści oświadczenia wynikało też jasno, że podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia *we wszelki niezbędny sposób konieczny do prawidłowej realizacji tego zamówienia*. Na tak postawione przez zamawiającego pytanie, według odwołującego naturalnym było tylko złożenie stosownych wyjaśnień, nie zaś uzupełnianie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Z uwagi jednak na brak precyzyjności w tak postawionym przez zamawiającego pytaniu, odwołujący w przeddzień upływu terminu składania wyjaśnień skontaktował się telefonicznie z upoważnionym przedstawicielem zamawiającego i uzyskał informację, że intencją zamawiającego jest otrzymanie dodatkowego dokumentu, ale uzyskanie go przez odwołującego w tak wyznaczonym terminie nie było możliwe. Równocześnie zazaczył, że zamawiający nie miał w ogóle uprawnienia do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących zakresu udziału w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci.

Składając ofertę odwołujący przedłożył stosowne oświadczenie (pisemne zobowiązanie) pochodzące od podmiotu trzeciego (str. 69 oferty), z którego bezsprzecznie wynikało, iż podmiot trzeci - Bombardier Transportation Sweden AB, zgodnie z zapisem z Tomu I pkt 9.1.3. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zobowiązał się do oddania do dyspozycji podmiotowi ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, spółce Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. (...) wiedzy i doświadczenia, w każdy sposób który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej realizacji zamówienia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia będącego wynikiem rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na: (...). Dodał również, że jego zdaniem w myśl obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy Pzp, zamawiający nie mógł żądać złożenia dowolnych

dokumentów, a jedynie takich, które nie zostały złożone wraz z ofertą lub takich, które zawierają błędy. W przedmiotowej sprawie wszystkie wymagane prawem i materiałami przetargowymi dokumenty zostały złożone, a żaden z dokumentów czy oświadczeń złożonych przez odwołującego nie zawierał błędów. Żądanie zaś wskazania w jakim charakterze podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia jest sprzeczne z ustawą Pzp. W konsekwencji, skoro zamawiający nie miał uprawnienia do żądania uzupełnienia oferty, czynność tą uznać należy za nieważną a zatem nie można oceniać skutków prawnych czynności, która była rezultatem czynności nieważnej. W przedmiotowej sprawie oznacza to, że skoro zamawiający nie miał uprawnienia do żądania oświadczenia ze wskazaniem charakteru prawnego łączącego strony stosunku, to brak złożenia takiego oświadczenia przez odwołującego nie może narażać go na negatywne skutki prawne.

Wskazał również na fakt, że odwołujący wielokrotnie kontaktował się z przedstawicielem zamawiającego celem uzyskania zgody na przedłużenie terminu złożenia dokumentów do których był wzywany, przesyłając również taką prośbę na piśmie. W rozmowach telefonicznych odwołujący zapewniany był wielokrotnie przez upoważnioną ze strony zamawiającego osobę, iż termin ten zostanie przedłużony, co jednak nie nastąpiło. Pomimo takiego stanowiska zamawiającego odwołujący dochował należytej staranności i podjął wszelkie niezbędne i możliwe działania, aby zadośćuczynić wezwaniu zamawiającego, pomimo bardzo krótkiego czasu wyznaczonego przez zamawiającego. Skany wymaganych przez zamawiającego dokumentów zostały przekazane zamawiającemu w godzinach wieczornych 24 czerwca 2013 roku.

W związku z faktem uzupełnienia przedmiotowych dokumentów po terminie zamawiający dokonał zatrzymania odwołującemu wniesionego wadium. Odnosząc się do tej kwestii odwołujący wskazał, że celem regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a Ustawy Pzp jest ochrona przed tzw. znowami przetargowymi, polegających na porozumieniu starających się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy celowo składają swoje oferty bez kompletu wymaganych dokumentów. Po zapoznaniu się z ofertami innych konkurentów na etapie otwarcia ofert wycofywali się z postępowań o udzielenie zamówienia bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji finansowych, podlegając wyłącznie wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podniósł, że w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego. W takiej sytuacji konieczna jest ścisła interpretacja oraz ocena zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy. Interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem przepis ten winien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znowom wykonawców.

Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność,

umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. W konsekwencji uznać należy, iż zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a będzie uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń. Odnosząc się do powyższego zauważył, że w niniejszej sprawie brak podstaw do przyjęcia, iż odwołujący w sposób celowy i umyślny nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Tym bardziej, iż po otwarciu ofert, pod względem cenowym oferta odwołującego była na **ostatnim czwartym miejscu**. Wręcz przeciwnie, stwierdził iż odwołujący dołożył wszelkiej niezbędnej staranności, aby uczynić zadość wezwaniu zamawiającego.

Wskazał również na fakt, że jego zdaniem żądanie przez zamawiającego zapłaty wadium, w niniejszej sprawie jest **przedwczesne**. Na chwilę obecną przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało jeszcze zakończone. Zamawiający do chwili obecnej nie wykluczył z postępowania odwołującego i nie odrzucił jego oferty. Zwrot wadium dokonywany jest co do zasady po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z zastrzeżeniem ust. 4 a, tj. sytuacji zatrzymania wadium, a zatem zatrzymanie wadium jest związane z uprzednim wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. Zgodnie z brzmieniem art. 46 ust 4a ustawy Pzp, 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. Zatem zamawiający ma uprawnienie do zatrzymania wadium wyłącznie w przypadku, kiedy ma pewność, że brak złożenia dokumentów i oświadczeń spowodowany był okolicznościami leżącymi po stronie wykonawcy. Zamawiający, składając swoje żądanie do Towarzystwa Ubezpieczeniowego takiej wiedzy nie miał, gdyż nie zwrócił się do odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie z jakiego powodu nastąpiło opóźnienie w złożonych w odpowiedzi na wezwanie dokumentów. Dopiero wyjaśnienia ze strony wykonawcy dają mu pełną wiedzę co do okoliczności sprawy oraz dają podstawę do oceny czy spełnione zostały przesłanki z art. 46 ust 4a ustawy Pzp.

Przystępujący do postępowania po stronie odwołującego wykonawca Siemens Sp. z o.o. poparł stanowisko odwołującego w tym zakresie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał między innymi na brak podstaw formalnych do rozpoznania zarzutów odwołania dotyczących nieprecyzyjnego określenia zakresu wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust 3 i 4 z dnia 14 czerwca 2013 roku, a także dotyczących bezpodstawności ww. wezwania oraz dotyczącego zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentu. Wobec tych zarzutów wskazał, że zgodnie z przepisem art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba jest zobowiązana odrzucić odwołanie w przypadku stwierdzenia, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przesłanka ta- zdaniem zamawiającego, ma również odpowiednie zastosowanie do zarzutu podniesionego po terminie, jednakże w tym przypadku zarzut taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego zatrzymania wadium wskazał, że zgodnie z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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 uregulowania jednoznacznie wynika obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium w każdym przypadku nieuzupełnienia dokumentów, gdy jest to spowodowane okolicznościami leżącymi po stronie wykonawcy. Tylko gdy przyczyny braku uzupełnienia są od wykonawcy niezależne (np. leżą po stronie zamawiającego albo zupełnie innego podmiotu, za którego działania wykonawca nie ponosi odpowiedzialności), zamawiający może od tego obowiązku odstąpić.

W stanie faktycznym sprawy, zdaniem zamawiającego wszystkie ustawowe przesłanki zatrzymania wadium zostały spełnione, gdyż:

- odwołujący zasadnie został wezwany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego.
- odwołujący nie przedstawił właściwego dokumentu ze swej winy, choć nim dysponował,
- zaniechanie przez odwołującego uzupełnienia dokumentu rzutuje na wynik postępowania, albowiem wykluczenie odwołującego prowadzi do wyboru oferty innego wykonawcy, niż miałyby to miejsce, gdyby odwołujący z postępowania wykluczony nie został (tj. oferty Przystępującego Thales, zamiast oferty Przystępującego Siemens).

Wobec powyższego zatrzymanie wniesionego przez odwołującego wadium było zasadne

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca konsorcjum firm: Thales Polska Sp. z o.o., Thales Austria GmbH, ul. Zachodnia 15, 60-701 Poznań. W zgłoszonym przystąpieniu podobnie jak zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł iż czynności odwołującego dokonane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zostały dokonane z uchybieniem ustawowego terminu na wniesienie odwołania i tym samym takie zarzuty nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę odwoławczą.

Również skutecznie do postępowania odwoławczego, ale po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Siemens sp. z o.o. który we wniesionym odwołaniu poparł stanowisko odwołującego w tej sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, treści odwołania, złożoną ofertę, jak również biorąc pod uwagę treść odpowiedzi na odwołanie i pism składanych przez odwołującego, a także oświadczenia i stanowisk stron i przystępujących złożonych podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

#### **odwołanie nie może zostać uwzględnione**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, ponieważ nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp., gdyż stwierdziła, że niektóre z podniesionych zarzutów – te dotyczące wadium zostały wniesione z zachowaniem terminu na ich wniesienie. Stwierdziła również, że na tym etapie postępowania wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu odwołującego o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Wobec obu wykonawców- przystępujących do postępowania odwoławczego Izba uznała iż wykazali posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść stron do których przystąpili.

Izba ponadto uznała, że wskazany w części wstępnej uzasadnienia stan faktyczny sprawy wymaga uzupełnienia o dodatkowe informacje wykazujące, że po wniesieniu odwołania zamawiający podjął decyzje o uwzględnieniu zarzutów dot. niezasadnego wezwania wykonawcy do złożenia w trybie art. 26 ust 3 dokumentów i cofnął czynność zatrzymania wadium. Odwołujący wobec takiej sytuacji, dokonał cofnięcia w pozostałym zakresie zarzutów odwołania. Następnie pismem z dnia 20 sierpnia 2013 roku zamawiający poinformował Prezesa KIO iż wycofuje się z dotychczas zajmowanego stanowiska procesowego w zakresie uwzględnienia ww. zarzutu w odwołaniu wykonawcy KZA.

Odwołujący odnosząc się do powyższej sytuacji, dotyczącej wycofania przez zamawiającego oświadczenia o częściowym uwzględnieniu zarzutów, w piśmie z dnia 22 sierpnia 2013 roku podniósł, że w świetle obowiązujących przepisów prawa, takie działanie zamawiającego jest nieuprawnione i niedopuszczalne i postępowanie odwoławcze winno zostać umorzone, gdyż jego zdaniem brak jest podstaw do tego, aby zamawiający takie oświadczenie mógł zmienić lub modyfikować. Ponadto stwierdził, że zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania uwzględnił zarzut z art. 26 ust. 3, oraz cofnął dokonanie zatrzymania wadium - art. 46 ust. 4a. Natomiast w piśmie z dnia 20 sierpnia 2013 roku o cofnięciu uwzględnienia tych ww. zarzutów zamawiający oświadczył, że cofnięcie to dotyczy tylko art. 26 ust. 3. Nie zostało natomiast- jego zdaniem, złożone oświadczenie o ponownym zatrzymaniu wadium, czyli nie złożono oświadczenia co do art. 46 ust. 4a.



Odnosząc się do tej kwestii Izba nie uwzględniła wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego z przyczyny podanej przez odwołującego, uznając, że takie oświadczenie strony jest oświadczeniem procesowym, a te mogą być modyfikowane przez strony aż do czasu wystąpienia skutków w postaci umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę. W tym zakresie przywołać należy stanowisko z uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2002 r., IV CKN 917/00 (nie publ.) i z dnia 20 stycznia 2004 r., II CK 80/06 (nie publ.) gdzie przyjęto, że *„odwołanie procesowego oświadczenia woli może nastąpić do czasu, w którym nie osiągnie ono skutku w postaci orzeczenia kończącego postępowanie”*.

Oznacza to, że kwestia dopuszczalności odwoływania procesowych oświadczeń woli powinna być oceniana z punktu widzenia osiągnięcia już określonych skutków procesowych, przez złożone oświadczenie strony lub uczestnika postępowania.

Izba nie uznała również za zasadny zarzut odwołującego iż dokonane cofnięcie uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego dotyczyło tylko zarzutu wezwania do złożenia dokumentów, a nie zatrzymania wadium, gdyż po pierwsze z treści pisma jako całości wynika co innego, a po drugie okoliczność zatrzymania wadium należy oceniać jako skutek niezpełnienia w terminie dokumentów o które odwołujący był wzywany - art. 26 ust 3 Pzp.

Wobec takiego postanowienia Izby odwołujący - do protokołu rozprawy oświadczył, że cofa on swoje stanowisko wyrażone w piśmie o cofnięciu w pozostałym zakresie zarzutów odwołania i wniósł o rozpatrzenie całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego i przystępującego o niezachowaniu przez odwołującego terminu na wniesienie środka ochrony prawnej- odwołania w zakresie zarzutów dotyczących nieprecyzyjnego określenia zakresu wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust 3 i 4 z dnia 14 czerwca 2013 roku, bezpodstawnego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, a także dotyczącego zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentu, Izba w tym zakresie, prezentuje jako własne stanowisko zamawiającego iż:

*„W myśl art. 182 ust. 1 pkt 1 Ustawy pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającej stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane drogą elektroniczną lub za pośrednictwem faksu, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób. Odwołujący o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i do złożenia wyjaśnień został przez Zamawiającego poinformowany w dniu 14 czerwca 2013 r. Wezwanie w tym zakresie zostało Odwołującemu przekazane drogą elektroniczną. W dniu 21 czerwca 2013 r. Odwołujący uzyskał wiedzę o tym, że Zamawiający nie przedłużył pierwotnie wyznaczonego terminu na uzupełnienie dokumentów i złożenie wyjaśnień dotyczących ich treści.*

*Skoro zatem Odwołujący czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień zamierzał kwestionować, winien uczynić to w ustawowym terminie 10 dni od przesłania mu wezwania, tj. najpóźniej do dnia 24 czerwca 2013 r. Analogicznie, wniesienie*

*odwołania wobec zaniechania wydłużenia terminu na uzupełnienie i wyjaśnienie dokumentów "podmiotowych" winno nastąpić najpóźniej w dniu 1 lipca 2013 r".*

Wobec powyższego, Izba ww. zarzuty jako podniesione po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie, pozostawiła bez ich merytorycznego rozpoznania.

W zakresie zarzutu bezzasadnego zatrzymania wadium wskazać należy, że zgodnie z treścią przepisu art. 46 ust. 4a P.z.p. *„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”.*

Niewątpliwie zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie dominującym jest stanowisko, że art. 46 ust. 4a P.z.p. ma charakter restrykcyjny i dolegliwy finansowo dla wykonawcy. Dlatego też powinien być interpretowany zgodnie z wykładnią celowościową, tj. z punktu widzenia celu, dla którego został wprowadzony, polegającego na zapobieganiu znikom wykonawców. Za stosowaniem takiej interpretacji tego przepisu opowiedział się również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. sygn. akt (II CSK 675/10, LEX nr 951295) gdzie w uzasadnieniu wyroku stwierdził, że omawiany przepis *„należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej”.*

Celem wprowadzenia przepisu art. 46 ust. 4a Pzp. na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) było przeciwdziałanie znikom wykonawców, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu. Uzupełniana zazwyczaj była tylko oferta tego wykonawcę, który - w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów - przedstawił nie najniższą, ale zazwyczaj najwyższą cenę. Pozostali uczestnicy zмовы mogli wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (druk sejmowy VI kadencji nr 471). Tym samym dokonywanie oceny zasadności zatrzymania wadium biorąc pod uwagę tylko literalna treść tego przepisu jest zdaniem Izby niezasadne,

W tym zakresie wskazać należy również na wyrok z 20 maja 2010 r. w którym Sąd Apelacyjny w Poznaniu wskazał, że *podstawa do zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie w wypadku zawinonego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Sankcja zatrzymania wadium nie dotyczy natomiast z pewnością ani sytuacji, w której wykonawca odpowiada na wezwanie bez zbędnej zwłoki i przedkłada wymagane dokumenty z nieznacznym, usprawiedliwionym okolicznościami opóźnieniem, ani sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia braków dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. skutkuje powstaniem prawa do zatrzymania wadium przez zamawiającego.*

Również Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach wskazywała wielokrotnie, że zatrzymanie wadium dopuszczalne jest dopiero po dokonaniu analizy wszystkich przyczyn, które doprowadziły do złożenia przez wykonawcę nieprawidłowych dokumentów lub złożenia ich po upływie wyznaczonego terminu. Ocenie należy poddać w szczególności precyzję i jasność opisu warunku w SIWZ. jednoznaczności wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów oraz okres zwłoki w ich uzupełnieniu.

W obowiązującym stanie prawnym nie sposób zatem przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył zamawiającemu dokumenty, lecz ze względu na zbyt krótki termin do dostarczenia tych dokumentów bądź inne obiektywne okoliczności, dokumentów tych w wyznaczonym terminie, zamawiającemu nie dostarczył.

Z nieuzupełnienia dokumentów w terminie zamawiający nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium. Należy przede wszystkim poddać ocenie zarówno charakter przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów, jak i wpływu tego faktu na postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym również możliwość istnienia zmywu przetargowej. Zatrzymanie wadium nie jest zatem dopuszczalne, np. jeżeli wykonawca miał uzasadnione trudności z ustaleniem, jakie dokumenty powinny zostać złożone na wezwanie zamawiającego albo uzyskanie określonych dokumentów zależało od zachowania osób trzecich. Za nieuzupełnienie dokumentu obciążające wykonawcę powinno się uznawać dopiero działanie *fraudem lege*, czyli celowe nie uzupełnienie dokumentu lub uzupełnienie w sposób nieprawidłowy, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Poddając analizie zachowanie odwołującego w stanie faktycznym sprawy, stwierdzić należy, że brak jest podstaw do przyjęcia- nic takiego zamawiający nie wykazał, że w tym postępowaniu może mieć miejsce zмова przetargowa pomiędzy wykonawcami. Niewątpliwy i niesporny pomiędzy stronami jest fakt, że odwołujący na 80 minut przed upływem wyznaczonego terminu na złożenie dokumentów wystąpił z wnioskiem do zamawiającego o przedłużenie terminu na ich złożenie. W tym samym dniu około godziny 16,00 uzyskał informację, że takiej zgody nie otrzyma. W związku z tym w tym też dniu czyli 21 czerwca 2013 roku w godzinach późnowieczornych odwołujący przesłał wymagane przez zamawiającego dokumenty, lecz nie były one w wymaganej przez zamawiającego formie-oryginalnych dokumentów lecz były to ich kopie. Oryginały tych dokumentów zostały przez odwołującego doręczone zamawiającemu w dniu 24 czerwca 2013 roku( poniedziałek).

Stwierdzić należy, że celem określania terminów na złożenie wymaganych dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentów jest potrzeba zapewnienia szybkości postępowania o udzielenie zamówienia. Jak widać z przedmiotowej sprawy uchybienie terminu przez odwołującego w tym zakresie nie ma żadnego znaczenia

dla tego postępowania, gdyż zarówno do dnia wniesienia odwołania – 5 sierpnia 2013 roku, jak i rozprawy przed KIO zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty. Tak więc kilkugodzinne opóźnienie w dostarczeniu zamawiającemu informacji o treści uzupełnianych dokumentów nie miało żadnego wpływu na termin wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, że zamawiający w pewnej mierze przyczynił się do niezachowania terminu na złożenie dokumentów przez odwołującego, gdyż zamawiający poinformował odwołującego o nieprzedłużeniu terminu na złożenie wymaganych dokumentów dopiero 4 godziny po jego upływie, więc do tej pory odwołujący mógł zasadnie w okolicznościach sprawy uważać, że przesunięcie terminu nastąpi.

Zwrócić uwagę należy również na fakt, że wybór najkorzystniejszej oferty jeszcze nie nastąpił, a więc nadal trwa ocena i badanie złożonych ofert – w tym i oferty odwołującego, wobec tego brak jest podstaw do jednoznacznego stwierdzenia czy oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu bądź postępowanie o udzielenie zamówienia nie będzie podlegało unieważnieniu, co wykluczałoby z mocy przepisu art. 46 ust 4a możliwość zatrzymania wadium. Co do samego wykluczenia odwołującego z postępowania brak jest stanowiska zamawiającego, ale z jego czynności można domniemywać, że to nastąpi, chociaż zamawiający do czasu podpisania umowy o udzielenie zamówienia może zmienić własną decyzję w tym zakresie. Ponadto zauważyć należy, że według ustaleń odwołującego jego oferta biorąc pod uwagę ustalone w SIWZ kryteria i ceny i wyboru najkorzystniejszej oferty to zajmuje ona czwarte ostatnie miejsce wśród ofert innych wykonawców. Tym samym również z tego powodu trudno wywieść wniosek, że działanie odwołującego miało na celu uczestnictwo w znowie przetargowej lub było celowym działaniem zmierzającym do utrudniania postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia stanu faktycznego Izba stwierdza, że zamawiający dokonał niezasadnie zatrzymania wadium odwołującego, gdyż nie można odwołującemu zarzucić umyślnego i celowego niepodporządkowania się wezwaniu zamawiającego. Nie spełnione zostały przesłanki celu tego przepisu tj w szczególności przeciwdziałania znowom przetargowym. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Jak stwierdził w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. (II CSK 675/10, LEX nr 951295) Sąd Najwyższy akceptowanie takiego stanowiska stanowiłoby „*wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia.*” Ponadto idąc za stanowiskiem Sądu Apelacyjnego ( patrz ww. wyrok) stwierdzić należy, że przekroczenie terminu na złożenie dokumentów, w stanie faktycznym tego postępowania nie miało żadnego znaczenia dla szybkości wyboru najkorzystniejszej

oferty, gdyż było ono nieznaczne - kopie dokumentów dostarczono w piątek 21 czerwca, a oryginały w poniedziałek 24 czerwca.

Stwierdzić należy, że zasadą jest zwrot wadium, zatrzymanie zaś – wyjątkiem. . Odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych (*exceptiones non sunt extentendae*) o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których należy zaliczyć art. 46 ust. 4a ustawy – Prawo zamówień publicznych.

**Inne podejście do** kwestii możliwości zatrzymania wadium byłoby także niekorzystne dla rynku zamówień publicznych, gdyż mogło by to spowodować niechęć wykonawców- szczególnie tych słabszych finansowo, do składania ofert, ponieważ składając ofertę i wnosząc wadium nie mieliby gwarancji, że zatrzymanie wadium nastąpi tylko w sytuacji celowego i umyślnego niezuzupełnienia dokumentów, pomijając sytuacje kiedy uzupełnienie to nie będzie możliwe czy to z przyczyny krótkiego terminu na wykonanie wezwania czy to wystąpienia rozbieżności co do interpretacji treści postanowień SIWZ.

Izba odnosząc się do zarzutu nie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień *dlaczego złożenie dokumentów nastąpiło z przekroczeniem wskazanego w wezwaniu terminu* stwierdza, że brak jest przepisu który nakładałby na zamawiającego obowiązek wezwania w tym zakresie wykonawcy. Oznacza to, że w takiej sytuacji sam wykonawca przesyłając uzupełnione dokumenty winien wraz z nimi przesłać stosowne wyjaśnienia. Jednakże w razie ich braku za zasadne należy uznać iż to zamawiający- biorąc pod uwagę obowiązującą go zasadę staranności, winien wystąpić do wykonawcy z wezwaniem o udzielenie takich wyjaśnień i dopiero po ich otrzymaniu dokonać oceny podniesionych przez wykonawcę argumentów czy zostały spełnione przesłanki do zatrzymania wadium.

Zdaniem Izby zasadne jest również odniesienie się do tej części argumentacji odwołującego w której podkreśla iż zatrzymanie wadium było przedwczesne, gdyż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało jeszcze zakończone, a zamawiający także do chwili obecnej nie wykluczył z postępowania odwołującego i nie odrzucił jego oferty.

Izba stwierdza, że brak jest przepisu w ustawie Pzp który zabraniał by przed wyborem najkorzystniejszej oferty, dokonania czynności zatrzymania wadium. Problem powstaje, gdy w chwili wzywania do uzupełnienia dokumentów, zamawiający nie wie jeszcze, czy oferta wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu. W tym miejscu wskazać należy, że przepisy Pzp a w szczególności art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1, nie zabraniają łączenia czynności w postaci wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień co do treści oferty. Takie działanie, tj. połączenie czynności sprawdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert jest podyktowane względami ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia i ma na celu zapobieżenie zbędnemu przedłużaniu

procedury wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego iż zatrzymanie wadium jest możliwe dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i stwierdzeniu, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z innego powodu niż ten o którym była mowa w wezwaniu, a także, że jego oferta nie podlega odrzuceniu, Izba stwierdza, że przyjęcie takiego stanowiska jako zasady jest niewłaściwe. Jednakże dokonywanie oceny co do zasadności zatrzymania wadium już po pełnej ocenie ofert lub wyborze najkorzystniejszej oferty, daje zamawiającemu całościowy ogląd co do oferty odwołującego i ważności postępowania, a tym samym umożliwia obiektywną ocenę zasadności zatrzymania wadium.

Reasumując powyższe rozważania i ustalenia Izba stwierdza, że zatrzymanie wadium w tych okolicznościach faktycznych sprawy tj. dokonane tylko z powodu nieuzupełnienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie dokumentów było niezasadne i zamawiający winien dokonać unieważnienia tej czynności.

Ponadto Izba stwierdza, iż pomimo uznania zasadności zarzutu co do zarzutu niezasadnego zatrzymania wadium to nie nastąpiło uwzględnienie odwołania, gdyż stosownie do przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle przywołanego przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy powyższy warunek skuteczności odwołania nie został spełniony, a tym samym odwołanie zostało oddalone.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: .....

.....