

Sygn. akt: KIO 531/17

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2017 r. przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **M. W H. T. P. I. L. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **N. C. B. J. H. O. R. P. (...)**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego M. W H. T. P. I. L. (...)****
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego M. W H. T. P. I. L. (...)** tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 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 Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 531/17

UZASADNIENIE

Zamawiający Narodowe Centrum B. J. O. R. P. prowadzi postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Realizacja inwestycji p.n. „Centrum P. i S. R. U. M. – C.; dla N.C. B. J. h O. R. P..”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 24 listopada 2016 roku pod numerem 2016/S 227-413178.

Odwołujący M. W. H. T. P. I. Ltd. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających w szczególności na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy, niezasadnym i nieprawidłowym zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy; zaniechaniu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP w zw. z art. 45 ust. 3 i art. 45 ust. 6 pkt 3) PZP, względnie, także art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, co wyklucza zastosowanie art. 46 ust. 4a Ustawy oraz w konsekwencji, zaniechaniu unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy, zaniechaniu unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy, pomimo istnienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w postaci braku zamieszczenia we wzorze umowy stanowiącej załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obligatoryjnych postanowień dotyczących kar umownych, o których mowa w art. 143 d ust. 1 pkt 7 PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucenie jego oferty i zatrzymanie wadium, podczas gdy w przekonaniu Odwołującego, złożona przezeń oferta powinna zostać odrzucona na innej podstawie prawnej tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b), względnie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, albowiem Odwołujący wskutek omyłki nie wniósł wymaganego zgodnie z SIWZ wadium (względnie, wniósł wadium w sposób nieprawidłowy), poprzez złożenie kopii wadialnej gwarancji bankowej, której treść umożliwiała wygaśnięcie zobowiązania banku - gwaranta w przypadku zwrotu do tegoż banku oryginału gwarancji, w którego posiadanie Zamawiający nigdy nie wszedł, co stanowiło także o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która przewidywała wymóg wniesienia wadium zabezpieczającego ofertę, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b), art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, art. 46 ust. 1 PZP w zw. z art. 45 ust. 3 i art. 45 ust. 6 pkt 3) PZP w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i art. 45 ust. 6 pkt 3) PZP lub art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP i w konsekwencji, poprzez zaniechanie unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie

art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP oraz art. 45 ust. 3 i art. 45 ust. 6 pkt 3) PZP, mimo tego, iż Odwołujący wskutek omyłki nie wniósł wymaganego zgodnie z SIWZ wadium (względnie, wniósł wadium w sposób nieprawidłowy), poprzez złożenie kopii wadialnej gwarancji bankowej, której treść umożliwiała wygaśnięcie zobowiązania banku - gwaranta w przypadku zwrotu do tegoż banku oryginału gwarancji, w którego posiadanie Zamawiający nigdy nie wszedł); wobec powyższego oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona także z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które przewidywały obowiązek wniesienia wadium - wadium takie nie zostało zaś przez Odwołującego wniesione, względnie, nie zostało wniesione w sposób prawidłowy, bowiem Zamawiającemu przedłożona została jedynie kopia gwarancji bankowej, co było niezgodne z art. 78 k.c. w zw. z art. 14 PZP, które stanowią, iż do zachowania formy pisemnej czynności prawnej potrzebny jest własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli wystawiającego, - naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 143 d ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 kc, poprzez zaniechanie unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, pomimo, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Wadę tę stanowił brak zamieszczenia, we wzorze umowy (stanowiącej na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP załącznik do Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia) obligatoryjnych postanowień dotyczących kar umownych o których mowa w art. 143 d ust. 1 pkt 7 PZP. Brak ten (w przypadku podpisania takiej umowy) skutkowałby zaś nieważnością zawartej umowy, zgodnie z brzmieniem art. 58 § 1 k.c., który na podstawie art. 139 ust. 1 PZP znajduje zastosowanie wprost do umów w sprawach zamówień publicznych), bowiem umowa taka stanowiłaby czynność prawną sprzeczną z ustawą tj. ustawą Prawo Zamówień Publicznych, - naruszenie art. 46 ust. 4a PZP, tj. podjęcia przez Zamawiającego czynności polegającej na zatrzymaniu wadium, mimo, iż Odwołujący nie dostarczył Zamawiającemu dokumentu wymaganego przez (nie dotyczącego jednak Odwołującego lecz podmiotu trzeciego) i objętego treścią wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a PZP z przyczyn od siebie całkowicie niezależnych - żądany przez Zamawiającego dokument dotyczył bowiem podmiotu trzeciego, na którego zasoby Odwołujący powoływał się w celu spełnienia przesłanek przedmiotowych udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia. Odwołujący nie był więc obiektywnie w stanie dostarczyć tego dokumentu bez działania podmiotu trzeciego - niewykonanie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a PZP, było więc przez Odwołującego w żaden sposób niezawinione - Odwołujący nie miał zresztą jakiegokolwiek interesu w niewykonywaniu wezwania, a brak dostarczenia dokumentu nie przyniósł również korzyści jakiegokolwiek innemu uczestnikowi postępowania (oferta

Odwołującego była jedyną w tym postępowaniu), niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy i nieprawidłowe zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy, zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i art. 45 ust. 6 pkt 3) PZP, względnie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP i dokonania na tej podstawie unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP, co wyklucza zastosowanie art. 46 ust. 4a Ustawy, względnie zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 PZP oraz art. 58 § 1 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 PZP, pomimo istnienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w postaci braku zamieszczenia we wzorze umowy stanowiącej załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, obligatoryjnych postanowień dotyczących kar umownych, o których mowa w art. 143 d ust. 1 pkt 7 PZP, w każdym zaś przypadku, niezasadne i niezgodne z art. 46 ust. 4a zatrzymanie wadium.

Odwołujący wniósł o rozstrzygnięcie odwołania w zakresie przedstawionych zarzutów i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 09 marca 2017 roku, polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 PZP, nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 09 marca 2017 roku w postaci z trzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a PZP; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i art. 45 ust. 6 pkt 3) PZP, względnie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP i - z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu zwrócenia Odwołującemu wadium na podstawie art. 46 ust. 1 PZP, względnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 PZP oraz art. 58 § 1 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 PZP, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego tj. wobec obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym wadę tą stanowił brak zamieszczenia - we wzorze umowy stanowiącej załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - obligatoryjnych postanowień dotyczących kar umownych o których mowa w art. 143 d ust. 1 pkt 7 PZP, który to brak oznaczałby nieważność zawartej umowy zgodnie z brzmieniem art. 58 § 1 kc, który na podstawie art. 139 ust. 1 PZP

stosujemy wprost do umów w sprawach zamówień publicznych oraz z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 46 ust. 1 PZP zwrot wadium na rzecz Odwołującego.

Zgodnie z treścią wymogów określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w Rozdziale VIII SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium. W Rozdziale tym Zamawiający w pkt 1 i 2 SIWZ zobowiązał Wykonawców do wniesienia wadium w kwocie 1.000.000,00 złotych, a w pkt 3.3 SIWZ dopuścił jako formę wniesienia wadium złożenie gwarancji bankowej i zastrzegł (pkt 6 SIWZ), że w przypadku gdy wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.

W postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta i była to oferta Odwołującego, do której została załączona kopia gwarancji bankowej wystawionej przez C. oraz oryginał aneksu przedłużającego tę gwarancję udzieloną przez C.. Dokument gwarancji został złożony w kopii, a nie w oryginale, co w przekonaniu Odwołującego, opartym o utrwalone orzecznictwo Izby, nie stanowi skutecznego wniesienia wadium, albowiem pismo informujące o przedłużeniu okresu obowiązywania gwarancji nie jest samo w sobie wystarczającym dokumentem do domagania się na tej podstawie wypłaty wadium przez Bank. Oryginał dokumentu gwarancji, który pozostał w posiadaniu Odwołującego, zawierał klauzulę stwierdzającą, iż zobowiązanie banku - gwaranta do zapłaty na podstawie gwarancji wygaśnie przed upływem okresu ważności gwarancji, w przypadku zwrotu do banku oryginału gwarancji. Nie będąc w posiadaniu oryginału gwarancji. Zamawiający nie mógł mieć pewności, czy oferta Odwołującego była lub pozostaje zabezpieczona wadium, albowiem zwrot oryginału dokumentu gwarancji do banku - w dowolnym momencie - skutkowałby wygaśnięciem zobowiązania banku - gwaranta.

W ocenie Odwołującego nie sposób uznać, że gwarancja wadium złożona przez niego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia była prawnie skuteczna i zgodna z wymogami ustawy PZP. Dla skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej nie jest wystarczające samo udzielenie przez bank takiej gwarancji, ale konieczne jest przedłożenie jej oryginału wraz z ofertą. W przeciwnym bowiem wypadku, jeżeli taki dokument albo w ogóle nie zostałby złożony, albo zostałby złożony jedynie w kopii, nie byłby zgodny z ww. przepisami i nie mógłby być traktowany jako skutecznie wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Samo tylko ustanowienie wadium, potwierdzone kserokopią gwarancji załączonej do oferty nie jest wystarczające do uznania, że wadium zostało wniesione. Dla skuteczności wniesienia wadium niewystarczające jest samo ustanowienie gwarancji przez bank lub ubezpieczyciela (wystawienie dokumentu gwarancji), lecz także niezbędne jest przekazanie dokumentu gwarancji lub aneksu do niej

zamawiającemu.

Odwołujący wskazywał także, że złożona przez niego kopia gwarancji bankowej została przedstawiona w języku obcym, bez jej tłumaczenia na język polski. Złożenie dokumentów w języku obcym bez załączenia tłumaczenia tych dokumentów na język polski należy traktować na równi z niezłożeniem dokumentów lub złożeniem dokumentów zawierających błędy. Zatem również z tego względu Odwołujący powinien zostać wykluczony z dalszego postępowania już na etapie sprawdzania ofert. Uzupełnianie przez Odwołującego - po upływie terminu składania ofert - dokumentacji dotyczącej wadium poprzez złożenie tłumaczenia na język polski złożonej kopii gwarancji byłoby niedopuszczalne w świetle art. 26 ust. 3 PZP.

Odwołujący zauważył, że kopia gwarancji złożonej przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia zawierała klauzulę stwierdzającą, iż zobowiązanie banku do zapłaty na podstawie tej gwarancji wygaśnie z chwilą dostarczenia do banku oryginału dokumentu gwarancji. Nie będąc w posiadaniu oryginału gwarancji, Zamawiający nie miał więc absolutnie żadnej pewności co do tego, czy oferta jest lub była zabezpieczona wadium - Odwołujący mógł bowiem w każdej chwili spowodować wygaśnięcie zobowiązania C. jako wystawcy gwarancji, poprzez zwrot oryginału do banku.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do podejmowania którejkolwiek z czynności opisanych w art. 26 ust. 1-3 PZP, albowiem było to bezprzedmiotowe, wobec niepodlegającej konwalidacji wadzie oferty polegającej na braku prawidłowego wniesienia wadium, zgodnie z art. 45 ust. 1, 3 oraz ust. 6 pkt 3) PZP.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i art. 45 ust. 6 pkt 3) PZP, oraz unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP, co wykluczałoby zastosowanie art. 46 ust. 4a PZP. Także i z tej przyczyny, czynność Zamawiającego polegająca na zatrzymaniu wadium pozbawiona była podstawy prawnej i jako taka winna zostać unieważniona wyrokiem Izby.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie kontynuował czynności oparte na art. 26 ust. 1 i ust. 3 Ustawy oraz wzywał Odwołującego do składania dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia wymogów wynikających z SIWZ oraz art. 25 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący wskazał także, że złożył na wezwanie Zamawiającego całość dokumentów dotyczących Spółki Odwołującego oraz osób wchodzących w skład jej organów. Wszystkie dokumenty, których pozyskanie zależało wyłącznie od Odwołującego i których wydanie lub pozyskanie leżało pod jego wyłączną kontrolą, zostały przez Odwołującego pozyskane i przekazane Zamawiającemu. Odwołujący pozyskał także i złożył Zamawiającemu zdecydowaną większość dokumentów, które pozyskać mógł wyłącznie dzięki uprzejmości i

działaniom podmiotów trzecich - podmiotów, na których zasoby się powoływał w celu wykazania spełnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 Ustawy - w tym przypadku - Spółki I. B. A. S.A. - mimo, iż zobowiązanie w tym zakresie nie wynikało z pierwszego z wezwań otrzymanych od Zamawiającego w tej sprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że wyłączną przyczynę podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonych czynności stanowił brak przekazania przez Odwołującego jednego tylko z obszernej listy wymaganych przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 i 3 PZP dokumentów - oświadczenia w przedmiocie niekaralności dotyczącego podmiotu trzeciego - Spółki I. B. A. S.A. Odwołujący złożył Zamawiającemu taki dokument - w formie, w jakiej otrzymał go od I. B. A. S.A. tj. w formie pisemnej, nie zaś jako oświadczenie złożone przed notariuszem lub organem sądowym, administracyjnym lub organem samorządu zawodowego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia czynności polegającej na zatrzymaniu wadium Odwołującego w trybie art. 46 ust. 4a Ustawy. Cały przebieg postępowania o udzielenie Zamówienia dowodzi staranności Odwołującego i jego dobrej woli co do wykonywania wezwań Zamawiającego. Brak dostarczenia ostatniego z dokumentów żądanych przez Zamawiającego nie wynikał z przyczyn leżących po stronie Odwołującego ani nie był przezeń w żaden sposób zawiniony. Odwołujący wskazywał także, że obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a PZP nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP było następstwem okoliczności, na które przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu.

Zamawiający załączył do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wzór umowy, która docelowo miałyby zostać podpisana przez Zamawiającego z wykonawcą, który był niezgodny z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Odwołujący wskazał, że w zamieszczonym wzorze Umowy brak jest wymaganych ustawą postanowień dotyczących kar umownych, o których mowa w art. 143 d ust, 1 pkt 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest przepisu, który regulowałby skutki braku ww. postanowień w umowie, jednakże w ocenie Odwołującego do skutków tych powinny mieć zastosowanie ogólne przepisy kodeksu cywilnego. Art. 139 ust. 1 PZP wskazuje, iż *„Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei jak wynika z art. 58 § 1 K.c. Czynność prawna sprzeczna z ustawą (...) jest nieważna (...). Zasadnym w ocenie Odwołującego jest twierdzenie, że skoro umowa nie zawiera obowiązkowych postanowień wymienionych w art. 143 d ust. 1 pkt. 7 PZP, to tym samym jest sprzeczna z ustawą i w konsekwencji tego (z mocy art. 58 § 1 K.c.) nieważna.*

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien unieważnić przetarg w powodu niezgodności

wzoru umowy załączonego do SIWZ z art. 143 d ust. 1 pkt. 7 PZP, który to brak stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający natomiast unieważnił przetarg opierając się na stwierdzeniu, że Odwołujący nie wykonał nałożonego na niego zobowiązania we wskazanym terminie i na tej podstawie unieważnił przetarg i zatrzymał wadium. W ocenie Odwołującego było to nieprawidłowe. Jego zdaniem, Odwołujący winien zostać wykluczony z niniejszego postępowania, złożona przez niego oferta winna zostać odrzucona, a wadium nie powinno podlegać zatrzymaniu.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba oddaliła odwołanie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Uznanie przez Izbę konieczności odrzucenia oferty Odwołującego oznacza, że wynik postępowania nie ulegnie zmianie. Brak wpływu na wynik postępowania w niniejszym postępowaniu oznacza, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba wbrew twierdzeniu Zamawiającego uznała, że Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie może złożyć wykonawca, uczestnik konkursu lub inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższy przepis wprowadza dwie przesłanki, jakie musi spełnić dany podmiot, aby móc skutecznie złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej: wykonawca posiadać musi obecnie lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący bezspornie miał interes w uzyskaniu zamówienia. Składając ofertę, miał na celu zawarcie umowy na wykonanie zamówienia, za wykonanie

którego przysługiwałoby mu określone wynagrodzenie.

Oferta Odwołującego została odrzucona, w ocenie Odwołującego, w oparciu o wadliwą podstawę prawną, z jednoczesnym pominięciem i niezastosowaniem przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskutek powyższego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, opierając się na niewłaściwej podstawie prawnej oraz niezasadnie zatrzymał wadium. Podkreślenia wymaga fakt, że w orzecznictwie sporna jest kwestia, czy zatrzymanie wadium przez Zamawiającego podlega rozpoznaniu Izby, czy też kwestia ta należy do rozpoznania przez sądownictwo powszechne. Kwestią poruszoną przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie jest jednak problematyka samego zatrzymania wadium, ale także kwestia, czy wadium to zostało wniesione prawidłowo. Prawidłowość wniesienia wadium jak najbardziej podlega rozpoznaniu przez Izbę, podobnie jak kwestia podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy w przypadku braku zabezpieczenia oferty wadium (przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych). A te właśnie okoliczności legły u podstawy wniesionego odwołania.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na chwilę składania odwołania, ale dopuszcza możliwość posiadania tego interesu w przeszłości, co wynika z zawartego w tym przepisie stwierdzenia: *ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia*. Odwołujący na chwilę składania oferty w postępowaniu o udzielenie Zamówienia posiadał interes w uzyskaniu zamówienia.

Kolejną przesłanką, jaką wymienia omawiany przepis ustawy, jest *możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych*. W ocenie Odwołującego, naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego doprowadziło do zatrzymania przez niego wadium (a właściwie kopii gwarancji bankowej), przez co Odwołującemu może grozić poniesienie znacznej szkody majątkowej w wysokości 1.000.000,00 złotych, stanowiącej kwotę wadium, w przypadku podjęcia przez Zamawiającego próby zaspokojenia się z tej wadliwej co do formy gwarancji, jaką złożył Odwołujący.

Zamawiający podnosił, że składając odwołanie Odwołujący nie zmierza do uzyskania zamówienia, ale podstawą odwołania jest kwestia odzyskania wadium. W ocenie Izby jednak, przesłanki określone w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały określone jednoznacznie. W niniejszym postępowaniu, jak wskazano powyżej, Odwołujący spełnia każdą z wymienionych w tym przepisie przesłanek i jako wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu, przysługuje mu prawo wniesienia odwołania. Tym bardziej, że jak wskazano powyżej, odwołanie dotyczy naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i oparte jest na zarzutach wynikających z ustawy, rozpoznanie których leży w kognicji Izby.

Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący w chwili wniesienia odwołania posiadał interes w jego rozstrzygnięciu.

Zgodnie z treścią podstawowego dokumentu wadium: „zobowiązanie z tytułu niniejszego wadium wygasa w momencie zwrócenia nam przez Państwa lub stronę trzecią oryginału niniejszego wadium w celu jego zwolnienia, ale wygasa w każdym przypadku najpóźniej w dniu 15 lutego 2017 r. Wszelkie roszczenia o wypłatę spełniające powyższe warunki muszą zostać nam dostarczone w okresie ważności niniejszego wadium.” Z treści tego postanowienia, a w szczególności z wyrażenia „zwrócenia nam przez Państwa lub stronę trzecią oryginału niniejszego wadium” jednoznacznie wynika, że bank będący wystawcą wadium określił, że jego zobowiązanie wynikające z treści dokumentu wadium wygasa z chwilą przekazania bankowi oryginału wadium. Oznacza to, że jednym z elementów niezbędnych dla powstania zobowiązania banku z tytułu wadium, było przekazanie przez bank oryginału dokumentu wadium. Gdyby przekazanie takiego oryginału dokumentu wadium nie było niezbędne dla powstania zobowiązania banku, bezprzedmiotowy byłby zawarty w dokumencie wadium zapis o wygaśnięciu wadium na skutek zwrotu oryginału dokumentu wadium. Tym samym, powstanie zobowiązania banku z tytułu wadium jest immanentnie związane z przekazaniem oryginału wystawionego przez bank dokumentu wadium i posiadanie oryginału tego dokumentu daje pewność, że w okresie ważności wadium bank wykona swoje obowiązki wynikające z faktu wystawienia dokumentu wadium.

W świetle powyższych rozważań, Izba zauważa, że niesłusznie wadium zostało uznane za wniesione skutecznie przez Odwołującego.

Izba ocenia czynność Zamawiającego, polegającą na ocenie ważności, prawidłowości wniesienia wadium, na chwilę jego wniesienia. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego wyrażonemu w odpowiedzi na odwołanie, obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja prawidłowości złożonego wadium.

Na chwilę wniesienia wadium, Odwołujący do swojej oferty załączył dokument wadium jedynie w kopii. Tym samym, Zamawiający nie mógł mieć pewności, czy podstawowy dokument wadium (który w oryginale znajdował się w posiadaniu Odwołującego) nie został zwrócony do banku – wystawcy gwarancji bankowej. Zwrot tego dokumentu do banku ma podstawowe znaczenie, bowiem w chwili zwrotu oryginału dokumentu, wadium wygasało. Brak oryginału wadium powodował, że Zamawiający nie posiadał wiedzy, co się dzieje z wadium, a przede wszystkim, czy oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium. Posiadacz oryginału dokumentu wadium mógł bowiem bez wiedzy i woli Zamawiającego doprowadzić do wygaśnięcia wadium. Tym samym nieprzekazanie Zamawiającemu oryginału dokumentu wadium powodowało brak pewności, że oferta została należycie zabezpieczona wadium.

Odwołujący kwestionuje prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, a zatem prawidłowość wniesienia wadium. Należy rozważyć, czy w świetle złożonych dokumentów, oferta Odwołującego była prawidłowo zabezpieczona wadium na chwilę jej złożenia. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego była prawidłowo zabezpieczona wadium. Prawidłowe zabezpieczenie wadium polega na istnieniu po stronie Zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w ustawie, kwota wadium rzeczywiście zostanie Zamawiającemu wypłacona. W niniejszym postępowaniu Zamawiający takiej pewności nie miał, co wynika nie tylko z faktu, że otrzymał dokument wadium jedynie w kopii, ale także z faktu, że Zamawiający nie miał wpływu na to, co będzie się działo z oryginałem wadium i czy posiadacz oryginału tego dokumentu nie doprowadzi (poprzez zwrot dokumentu bankowi) do wygaśnięcia wadium. Co więcej, podobne zdanie wyraził Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie: „Wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej wymaga dostarczenia dokumentu gwarancji zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert. Przekazanie kopii dokumentu gwarancji należy uznać za niewystraszające, gdyż nie zabezpiecza możliwości skorzystania z gwarancji przez uprawnionego.”

W trakcie rozprawy Zamawiający wskazywał, że po dniu złożenia odwołania, uzyskał w banku kwotę wadium. Należy jednak zauważyć, że nie podlega ocenie Izby okoliczność, czy Zamawiający rzeczywiście uzyskał z banku wypłatę wadium, a więc na to, co Zamawiającemu się udało lub nie udało, bo na to mogą mieć wpływ różne czynniki. Podstawą oceny jest okoliczność, czy dokumenty złożone do oferty dały Zamawiającemu absolutną pewność, co do możliwości zabezpieczenia się z kwoty wadium. W tym wypadku takiej pewności Zamawiający nie mógł mieć.

W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy dodać, że skoro oferta Odwołującego nie została zabezpieczona wadium i jako taka powinna podlegać odrzuceniu, to bezpodstawne było wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący sformułował zarzut zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 58 § 1 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo istnienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w postaci braku zamieszczenia we wzorze umowy stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, obligatoryjnych postanowień dotyczących kar umownych, o których mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający załączył do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wzór umowy, w którym brak jest postanowień dotyczących kar umownych, o których mowa w art. 143 d ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien unieważnić przetarg z powodu niezgodności wzoru umowy załączonego do SIWZ z art. 143d ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to brak stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął i prowadził postępowanie dla dostaw. Ogłoszenie o zamówieniu, zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jako przedmiot wskazuje dostawy.

Zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, *Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące wysokości kar umownych, z tytułu:*

- a) *braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,*
- b) *nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,*
- c) *nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,*
- d) *braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.*

Z brzmienia powyższego przepisu jednoznacznie wynika, że dotyczy on wyłącznie umowy o roboty budowlane. W sytuacji zatem, gdy podstawę zamówienia stanowią urządzenia, które mają zostać dostarczone, to brak jest podstaw do uznania, że konieczne było zastosowanie przez Zamawiającego powyższego przepisu. Podkreślić przy tym należy, że kwalifikacji zamówienia dokonuje zamawiający.

W trakcie rozprawy Odwołujący wskazywał, że wartość robót budowlanych i usług w niniejszym postępowaniu wynosi mniej więcej po 50%. Jest to jednak okoliczność, której Odwołujący nie wykazał. W tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który w swoim twierdzeniu upatrywał naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego. Tym samym, wobec niewykazania przez Odwołującego, że podstawą niniejszego zamówienia są roboty budowlane i że bezwzględnie konieczne było prowadzenie przez Zamawiającego procedury w sposób przewidziany dla robót budowlanych, Izba uznała, że powyższy zarzut jest bezpodstawny.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do

usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu nie wystąpiła wada, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Izba miała także na uwadze brzmienie art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał dokonania przez Zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie wykazał, aby okoliczność braku ujęcia przez Zamawiającego we wzorze umowy postanowień dotyczących kar umownych, miała lub mogła mieć jakikolwiek wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 143d ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 58 § 1 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....