

Sygn. akt: KIO 1866/11

**WYROK**  
**z dnia 13 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik

**Członkowie:** Magdalena Grabarczyk

Marek Koleśnikow

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALDESA Nowa Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ALDESA Energias Renovables S.L.U. z siedzibą w Madrycie** w postępowaniu prowadzonym przez **Krzemień i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Inowrocławiu**

przy udziale wykonawcy **ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALDESA Nowa Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ALDESA Energias Renovables S.L.U. z siedzibą w Madrycie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALDESA Nowa Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ALDESA Energias Renovables S.L.U. z siedzibą w Madrycie** na rzecz **Krzemień i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Inowrocławiu** 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 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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Krzemień i Wspólnicy Sp. z o.o. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Budowę czterech elektrowni wiatrowych w gminie Błaszki*.

W dniu 29 sierpnia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALDESA NOWA ENERGIA Sp. z o.o. i ALDESA ENERGIAS RENOVABLES S.L.U. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 46 ust. 4a, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez:

1. wykluczenie Odwołującego z postępowania i zatrzymanie wadium,
2. wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegają uzupełnieniu w świetle art. 26 ust. 3 ustawy,
3. dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu,
4. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o.
5. zaniechanie odrzucenia oferty następujących wykonawców: ALSTAL Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia publicznego: Erbud S.A. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A.
6. ewentualnie: zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium Odwołujący wskazał, że pismem z 1 sierpnia 2011r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, a następnie, pismem z 19 sierpnia 2011 r. poinformowany o wykluczeniu z postępowania i zatrzymaniu wadium, z uwagi na nieuzupełnienie dokumentów w wyznaczonym terminie. Wg oświadczenia Zamawiającego dokumenty wpłynęły w dniu 16 sierpnia 2011 r. o godzinie, 10:38 a więc 38 minut po upływie wyznaczonego terminu.

Odwołujący podniósł, że podstawę do zatrzymania wadium, zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: zasadnego wezwania do uzupełnienia dokumentów i braku tego uzupełnienia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie powyższe przesłanki nie zaistniały,

ponieważ dokumenty zostały uzupełnione, a okoliczności, które spowodowały doręczenie dokumentów po godzinie 10:00 nie leżały po stronie Odwołującego, który dołożył należytej staranności, aby przedłożyć dokumenty w terminie określonym w wezwaniu.

Odwołujący podniósł, że opóźnienie w doręczeniu dokumentów spowodowane było następującymi okolicznościami: opóźnieniem firmy kurierskiej, nagłą i nieprzewidzianą chorobą osoby odpowiedzialnej za kwestie techniczne i przygotowanie dokumentów i niemożliwością znalezienia zastępstwa (ze względu na złożoność dokumentacji i potrzebę specjalistycznej wiedzy), nieobecnością osób uprawnionych do reprezentacji spółki hiszpańskiej, koniecznością przesłania dokumentów z Hiszpanii i ich przetłumaczenia, dniami wolnymi od pracy z uwagi na święta i tzw. długi weekend, a także sezon urlopowy w Hiszpanii (zbyt mała liczba dni roboczych między otrzymaniem wezwania do uzupełnienia a wyznaczonym terminem na uzupełnienie).

Odwołujący wyjaśnił, że dla skuteczności uzupełnienia dokumentów konieczne było złożenie stosownych oświadczeń przez członków zarządu mieszkających w Hiszpanii (przebywających na urloпах), a następnie ich przetłumaczenie na język polski. Biorąc pod uwagę, iż nie wszyscy członkowie zarządu byli dostępni od razu po otrzymaniu wezwania, zebranie stosownych oświadczeń, ich przesyłka do Polski i przetłumaczenie na język polski wymagało sporo czasu. Jak tylko dokumenty dotarły do Polski, zostały przekazane firmie kurierskiej DHL, z zastrzeżeniem, przesyłka ma być doręczona następnego dnia – czyli 13 sierpnia 2011 r. Z przyczyn niezależnych od Odwołującego przesyłka została doręczona dopiero 16 sierpnia 2011 r. Jednocześnie Odwołujący nie otrzymał od firmy kurierskiej informacji, iż doręczenie przesyłki w dniu 13 sierpnia 2011 r. nie było możliwe, a także że nie nastąpiło. Powyższe świadczy – zdaniem Odwołującego – o dołożeniu przez niego należytej staranności, a w konsekwencji o braku podstaw do zatrzymania wadium.

Powołując się na orzecznictwo sądowe oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący podniósł, że przesłanki zatrzymania wadium nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a okoliczność uzasadniająca jego zatrzymanie zachodzi wtedy, gdy wykonawca w ogóle nie uzupełni dokumentów, natomiast uzupełnienie dokumentów niepotwierdzających spełniania warunku udziału w postępowaniu nie daje podstaw do zatrzymania wadium.

Zdaniem Odwołującego, wystarczającą sankcją za opóźnienie w przedłożeniu dokumentów było uniemożliwienie wygrania przetargu, bezzasadne jest natomiast karanie wykonawcy za opóźnienie powstałe z winy podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał ponadto, że w sprawie nie zaszły okoliczności, które stały się przyczyną wprowadzenia do ustawy Pzp art. 46 ust. 4a. Celem tego przepisu jest

przeciwdziałanie zmomom przetargowym i powinien on być interpretowany z uwzględnieniem tego celu. Stwierdzenie przez Zamawiającego wystąpienia podstawy do zatrzymania wadium powinno być poprzedzone badaniem przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów, w tym również istnienia zmywy przetargowej. Odwołujący podniósł, że zaistnienie jakiegokolwiek zmywy w niniejszej sprawie nie zostało nawet uprawdopodobnione, a Zamawiający zaniechał wyjaśnienia okoliczności skutkujących nieznacznym tylko spóźnieniem w uzupełnieniu dokumentów, mimo że zgodnie z orzecznictwem KIO, wykonawca powinien mieć możliwość złożenia stosownych wyjaśnień lub wykazania braku winy.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niedozwolone wezwanie do uzupełnienia dokumentów stanowiących treść oferty. Wskazał, że wezwanie może dotyczyć tylko dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast wśród dokumentów, do których uzupełnienia Odwołujący został wezwany, były dokumenty stanowiące treść oferty, a nie – jak to określił Zamawiający – potwierdzające spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zażądał uzupełnienia m.in. następujących dokumentów: specyfikacji technicznej turbiny wiatrowej, danych elektrycznych turbiny wiatrowej, rysunku wieży turbiny wiatrowej, rysunku wkładów fundamentowych turbiny wiatrowej, wykazu wyposażenia zawartego w turbinie wiatrowej, certyfikatów wystawionych na producenta turbin wiatrowych, potwierdzające, że generator turbiny wiatrowej lub instalacja systemu (obiekt) spełnia określone standardy w zakresie kluczowych elementów, danych dotyczących wszelkich parametrów eksploatacyjnych turbiny.

Odwołujący podniósł, że brak jednoznacznego określenia w ofercie oferowanego asortymentu powoduje, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Wskazał, że zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy i podniósł, że skoro z treści oferty nie wynika co jej przedmiotem, to podlega ona odrzuceniu. Nie może być bowiem sytuacji, w której ustalenia, co jest przedmiotem oferty dokonuje w trybie negocjacji z wykonawcą (jest to niedopuszczalne w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Zdaniem Odwołującego, ponieważ analogiczne wezwania do uzupełnienia dokumentów zostały skierowane do pozostałych wykonawców, to pozostałe oferty również podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty złożonej przez ALSTAL Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ALSTAL dołączył do oferty (str. 62 oferty) podpisane przez panią Katarzynę K. w imieniu VESTAS-POLAND Sp. z o.o. zobowiązanie, zgodnie z którym podmiot ten zobowiązał się oddać do dyspozycji wykonawcy *zespół osób z których wiedzy i doświadczenia w zakresie transportu, dostawy oraz montażu elementów elektrowni wiatrowych Wykonawca będzie mógł skorzystać przy realizacji (...) zamówienia.* Jednocześnie wykonawca nie przedstawił dokumentu potwierdzającego umocowanie pani Katarzyny K. do reprezentacji podmiotu składającego przedmiotowe oświadczenie. W związku z powyższym wykonawca został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 i 4 PZP do uzupełnienia braków oferty. W wykonaniu powyższego wezwania został przedłożony dokument pełnomocnictwa w języku angielskim z dnia 18 lipca 2011 r. wraz z jego uwierzytelnionym tłumaczeniem, zgodnie z którym pani Katarzyna K. została upoważniona do występowania w imieniu spółki *w związku z niewiążącą ofertą przetargową dotyczącą inwestycji związanej z energią wiatrową.* Sformułowanie to oznacza, że osoba ta nie została umocowana do reprezentacji i podejmowania czynności w sposób bezwarunkowy, a jedynie w związku z niewiążącą ofertą przetargową. Zdaniem Odwołującego, powyższe stoi w sprzeczności z warunkiem zapisanym w SIWZ, że z treści zobowiązania musi wynikać jednoznaczny sposób dysponowania tymi zasobami, a nadto z wymogiem wykazania umocowania osoby składającej oświadczenie do zaciągnięcia takiego zobowiązania. W związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy ALSTAL z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności zatrzymania wadium, ewentualnie o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, odrzucenie ofert złożonych przez ALSTAL oraz Konsorcjum Erbud oraz nakazanie unieważnienia postępowania.

W dniu 1 września 2011 r. wykonawca ALSTAL zgłosił przystąpienie do postępowania Odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł, że Odwołujący wnioskuje o dokonanie czynności niezwiązanych z jego interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia, w tym w szczególności o odrzucenie złożonej przez niego oferty oraz o unieważnienie postępowania. Zdaniem Przystępującego, brak jest podstaw do przyjęcia, że interes wykonawcy przejawia się nie tylko w uzyskaniu zamówienia w wyniku konkretnego postępowania, ale również w unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli wykonawca nie wykazuje wpływu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy na możliwość uzyskania przez niego

przedmiotowego zamówienia (poniesienia szkody), to tym samym nie jest spełniona jedna z przesłanek materialnoprawnych skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej.

W zakresie zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium Przystępujący wskazał, że zasadne było przyjęcie, iż skoro uzupełnienie dokumentów nie zostało dokonane w wyznaczonym terminie, to nie może być potraktowane jako skuteczne, co prowadzi do wniosku, wykonawca nie udowodnił spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto choroby zatrudnionych osób, czy możliwość zwłoki doręczyciela stanowią normalne ryzyko związane z działalnością gospodarczą, zaś z uwagi na profesjonalny charakter prowadzonej działalności, Odwołujący winien zapewnić stałą obecność w swojej siedzibie osób uprawnionych do reprezentacji lub ich pełnomocników.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niedozwolonego wezwania do uzupełnienia dokumentów, Przystępujący podniósł, że zarzut ten należy uznać za spóźniony, jako że Odwołujący mógł, w terminie przewidzianym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, skorzystać ze środków ochrony prawnej wobec wzmiankowanej czynności, czego jednak nie uczynił.

Niezależnie od tego Przystępujący wskazał m.in., że wezwanie nie prowadziło do zmiany oferty, a jedynie wyjaśnienia wątpliwości dotyczących jej treści jako całości, łącznie z dokumentami złożonymi w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący podniósł także, że nie zostały spełnione przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na to, że jest ona nieważna. Po pierwsze, oferta zawiera istotne elementy ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym odnosi się do przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po drugie, w przepisach kodeksu cywilnego nie przewidziano sankcji nieważności oferty czy czynności polegającej na jej złożeniu, nawet w przypadku istnienia wątpliwości co do jej treści. Z tych samych powodów niezasadne są – zdaniem Przystępującego – analogiczne zarzuty dotyczące pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

W odniesieniu do umocowania osoby, która podpisała zobowiązanie do udostępnienia Przystępującemu osób zdolnych do realizacji zamówienia, Przystępujący, powołując się na art. 65 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, wskazał, że treść pełnomocnictwa jednoznacznie wskazuje, iż zostało ono udzielone w celu umocowania do reprezentacji Vestas Poland Sp. z o.o. w zakresie umożliwiającym udział spółki w realizacji przedmiotowego zamówienia, w charakterze innym niż wykonawca, w szczególności – w charakterze podmiotu udostępniającego Wykonawcy swoje zasoby.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia odwołania, nie spełnia bowiem określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem, środki ochrony prawnej 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 ustawy. Zaznaczyć należy, że chodzi tu o interes w uzyskaniu danego zamówienia w konkretnym postępowaniu. Powyższe wynika z brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy i uzasadnione jest również faktem, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. Nie można więc wywodzić legitymacji do wniesienia odwołania z interesu w uzyskaniu zamówienia w ewentualnym przyszłym postępowaniu. Pogląd negujący istnienie interesu wykonawcy, w sytuacji, gdy jego czynności i żądania w postępowaniu odwoławczym zmierzają do unieważnienia tego postępowania, jest ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyroki: KIO 1038/11, KIO 1060/11).

Tymczasem w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie zmierzał do ochrony swojej pozycji w postępowaniu, w celu utrzymania możliwości uzyskania zamówienia. Przeciwnie, składając odwołanie domagał się odrzucenia własnej oferty i unieważnienia postępowania. Formułując w ten sposób zarzuty i wnioski odwołania Odwołujący nie tylko wyraził akceptację dla faktu, że utracił szansę na wybór jego oferty i realizację zamówienia, ale potwierdził również, że ewentualny wybór złożonej przez niego oferty byłby niezgodny z przepisami ustawy. Złożone odwołanie nie miało więc na celu dążenia do uzyskania zamówienia publicznego w aktualnie prowadzonym postępowaniu, poprzez przywrócenie wykluczonemu wykonawcy możliwości udziału w nim.

Za nietrafną Izba uznała argumentację Odwołującego o tym, że w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca ma legitymację do wniesienia odwołania, jeżeli jego interes w uzyskaniu zamówienia istniał kiedykolwiek w przeszłości, nawet jeśli w dacie składania odwołania wykonawca nie tylko nie ma już szans na wybór jego oferty, ale nawet do tego nie dąży (o czym, zdaniem Odwołującego, świadczy użycie w powyższym przepisie również czasu przeszłego – *miał interes w uzyskaniu danego zamówienia*). W ocenie Izby zawarte



w art. 179 ust. 1 sformułowanie *ma lub miał interes* nie oznacza możliwości udzielenia ochrony prawnej wykonawcom niezainteresowanym w dacie składania odwołania uzyskaniem danego zamówienia, a tym bardziej przyznającym wprost, że zamówienie nie powinno być im udzielone. Taka redakcja ww. przepisu wynika zdaniem Izby z faktu, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom na różnych etapach postępowania. Wykonawca składający odwołanie na czynności lub zaniechania zamawiającego w początkowych fazach postępowania (np. odwołania wobec treści ogłoszenia SIWZ) wykazuje, że ma interes w uzyskaniu zamówienia (zamierza się o nie ubiegać), natomiast kwestionując np. czynność wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty, zmierza do wykazania, że miał interes w uzyskaniu zamówienia, złożył bowiem ofertę, ale skutek bezprawnego działania zamawiającego znalazł się „poza postępowaniem”. Taka interpretacja wydaje się być zgodna z celem przewidzianych w ustawie Pzp środków ochrony prawnej, które mają zapewnić ochronę wykonawcom pozbawionym bezprawnymi czynnościami zamawiającego możliwości ubiegania się o zamówienie lub uzyskania zamówienia w aktualnie prowadzonym postępowaniu, nie zaś w postępowaniu przyszłym, którego wszczęcie nie jest przesądzone. Ponadto, przyjmując, że do wniesienia odwołania byłby uprawniony każdy podmiot, który kiedykolwiek w przeszłości był zainteresowany uzyskaniem zamówienia, w oderwaniu od aktualnej sytuacji, należałoby dojść do wniosku, że przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp byłby zbędny, jako niewprowadzający żadnych warunków w zakresie istnienia legitymacji do wniesienia odwołania.

Należy również zauważyć brak spójności pomiędzy wykazywanym przez Odwołującego interesem warunkującym istnienie legitymacji do wniesienia odwołania, a szkodą, której doznał w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Wystąpienie przesłanki szkody Odwołujący wywodzi jedynie z faktu utraty wadium, co niewątpliwie stanowi dla wykonawcy znaczną dolegliwość, niemniej jednak szkoda ta nie pozostaje w żadnym związku z interesem w uzyskaniu zamówienia, w kształcie wynikającym z zakresu podniesionych zarzutów.

W związku ze stwierdzeniem nieistnienia po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, brak było podstaw do merytorycznego rozpoznania przez Izbę podniesionych zarzutów, a odwołanie należało oddalić.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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:** .....

.....