

Sygn. akt KIO/UZP 424/09

Sygn. akt KIO/UZP 425/09

Sygn. akt KIO/UZP 426/09

## WYROK

z dnia 16 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Małgorzata Stręciwilk

**Członkowie:** Stanisław Sadowy  
Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez: **Konsorcjum firm w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (Lider Konsorcjum), RESTAL Sp. z o.o. i IMPEX – BIS Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** protestów z dnia 9 marca 2009 r.

**orzeka:**

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (Lider Konsorcjum), RESTAL Sp. z o.o. i IMPEX – BIS Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez **Konsorcjum firm w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (Lider Konsorcjum), RESTAL Sp. z o.o. i IMPEX – BIS Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (Lider Konsorcjum), RESTAL Sp. z o.o. i IMPEX – BIS Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **115 426 zł 00 gr** (słownie: sto piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (Lider Konsorcjum), RESTAL Sp. z o.o. i IMPEX – BIS Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław.**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Bieżące utrzymanie dróg zarządzanych przez GDDKiA Oddział Zielona Góra”, którego dotyczą odwołania wniesione przez: **Konsorcjum firm w składzie: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (Lider Konsorcjum), RESTAL Sp. z o.o. i IMPEX – BIS Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** (dalej: „*Odwołujący*”), zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 października 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 212-281628). Postępowanie to prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze (dalej: „*GDDKiA*” lub „*Zamawiający*”), na

podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Postępowanie to Zamawiający podzielił na 5 części, uwzględniając przy tym różne rejony, w których ma być realizowane zamówienie i dopuszczając możliwość składania ofert częściowych.

Złożone i rozpatrywane przez Izbę odwołania dotyczą:

- 1) zadania nr 2 – Rejon Nowa Sól (odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 424/09);
- 2) zadania nr 3 – Rejon Słubice (odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 425/09);
- 3) zadania nr 5 – Rejon Żary (odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 426/09).

Na wymienione zadania Odwołujący w niniejszym postępowaniu złożył oferty częściowe. W wskazanych częściach zamówienia Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu nieuzupełnienia przez niego dokumentów w trybie wezwania, wystosowanego do niego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ta czynność Zamawiającego odrębnie dla każdego zadania została zaskarżona - najpierw w trybie protestów, a następnie odwołań, które zostały rozpatrzone przez KIO wyrokiem z dnia 6 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 205/09, KIO/UZP/UZP 206/09, KIO/UZP 207/09). KIO wyrokiem tym oddaliła wszystkie trzy odwołania.

W dniu 3 marca 2009 r. drogą mailową Odwołujący został poinformowany przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe ERGO Hestia S.A. o wezwaniach z dnia 27 lutego 2009 r. oraz z dnia 2 marca 2009 r., skierowanych przez Zamawiającego o wypłatę kwot, podstawie gwarancji ubezpieczeniowych, stanowiących zabezpieczenie wadialne złożonych przez Odwołującego w postępowaniu ofert. Na czynność tę w piśmie z dnia 9 marca 2009 r. (doręczenie w tej samej dacie) Odwołujący złożył trzy protesty – odrębnie na każde zadanie. W protestach tych wskazano na naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez dokonanie bezprawnej czynności, polegającej na złożeniu przez Zamawiającego wniosku do gwaranta wypłatę kwot z gwarancji wadialnych Odwołującego. Podnosząc ten zarzut Odwołujący w protestach wskazał na następujące okoliczności:

- 1) skierowane przez Zamawiającego wezwanie o wypłatę wadium było przedwczesne z uwagi na to, że Odwołujący przedsięwziął we wskazanym zakresie procedurę z użyciem środków ochrony prawnej, której wynikiem był wyrok KIO z dnia 6 marca 2009 r., który stwierdzał, że żądanie przez Zamawiającego w trybie wezwania do uzupełniania dokumentów: certyfikat kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, licencja na wykonywanie krajowego transportu rzeczy, pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, było nieuprawnione;

- 2) okoliczności faktyczne w niniejszej sprawie nie pozwalają na skorzystanie przez Zamawiającego z przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie bowiem z uzasadnieniem do senackiej poprawki nowelizacji ustawy Pzp, w wyniku której przepis ten został wprowadzony do ustawy Pzp, celem tego przepisu jest zabezpieczenie postępowania przed znowami wykonawców, ubiegających się o zamówienie, w przedmiotowym postępowaniu natomiast o takiej znowie być mowy nie może z uwagi na to, że oferta Odwołującego była jedyną ważną ofertą w postępowaniu i prawidłowo zabezpieczoną wadium;
- 3) Odwołujący uzupełnił na żądanie Zamawiającego wymagane przez niego dokumenty oraz złożył stosowne wyjaśnienia, natomiast Zamawiający nie udowodnił, że działanie to było obarczone wadą wynikającą z winy Odwołującego, a poza tym Zamawiający nie wszczął procedury wyjaśniającej w tym przedmiocie, czy ewentualne wady w zakresie uzupełnienia dokumentów powstały z winy Odwołującego.

Wskazując na owe naruszenia Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wystąpienia o wypłatę wadium z jednoczesnym wycofaniem przez Zamawiającego złożonych w tej sprawie wniosków.

Protesty Zamawiający rozstrzygnął w pismach z dnia 19 marca 2009 r., które zostały Odwołującemu doręczone w dniu 20 marca 2009 r.

W rozstrzygnięciach protestów Zamawiający oddalił je w całości i podtrzymał jednocześnie swoją decyzję o zasadności podjęcia czynności związanych z zatrzymaniem wadium z uwagi na niezuzpełnienie przez Odwołującego dokumentów wymaganych w trybie uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Odwołujący w dniu 30 marca 2009 r. (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył trzy odwołania, których kopie w tej samej dacie zostały przekazane Zamawiającemu. W odwołaniach tych podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację, wskazując na dodatkową okoliczność, iż wezwania skierowane przez Zamawiającego do ubezpieczyciela o wypłatę wadium zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną, tj. jednoosobowo przez Panią Marię P., podczas gdy ze statutu i regulaminu organizacyjnego GDDKiA wynika reprezentacja łączna dwóch pełnomocników. Tym samym Odwołujący wskazał dodatkowo na to, że skierowane wezwania są nieważne na podstawie art. 104 kc.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, wyrażone w protestach, odwołaniach i rozstrzygnięciach protestów i piśmie procesowym Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2009 r. oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Wniesione odwołania zostały rozpoznane łącznie w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2009 r., wydanego w tym przedmiocie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że nie zaistniały podstawy do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań ponieważ, że nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Rozpatrując łącznie odwołania dotyczące czynności zatrzymania wadium przez Zamawiającego Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zarzuty odwołań we wszystkich trzech sprawach tj. o sygn. akt: KIO/UZP 424/09, KIO/UZP 425/09, KIO/UZP 426/09 są tożsame.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w sprawie:

1. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu z racji nieprzedłożenia Zamawiającemu, na skutek jego wezwania skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
2. Wyrokiem KIO dnia 6 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 205/09, KIO/UZP 206/09, KIO/UZP 207/09.) oddaliła trzy odwołania Odwołującego, z uwagi na to, że wykonawca ten został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu z powodu braku zaskarżenia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz wykluczenia go z udziału w postępowaniu ze względu na nieuzupełnienie określonych dokumentów.
3. KIO we wskazanym wyroku jednocześnie wyraziła pogląd, że wezwanie do uzupełnienia innych dokumentów przez Zamawiającego tj.: 1/ certyfikat kompetencji zawodowych w krajowym transporcie drogowym rzeczy, 2/ licencja na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,

- 3/ pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu odpadów, nie było zasadne z uwagi na brak wyraźnego wskazania w SIWZ wymogu dołączenia takich dokumentów do oferty.
4. Wyrok KIO z dnia 6 marca 2009 r. nie został zaskarżony w trybie art. 194 i następne ustawy Pzp, tak przez Zamawiającego, jak i Odwołującego.
  5. Zamawiający w pismach z dnia 27 lutego 2009 r. oraz 2 marca 2009 r. wystąpił do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego ERGO Hestia S.A. z wezwaniem o wypłatę kwoty 200 000 zł na podstawie gwarancji ubezpieczeniowych nr 250001134789 (Zadanie nr 5 – Rejon Żary), kwoty: 250 000 zł, na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej nr 250001134791 (Zadanie nr 3 - Rejon Słubice) oraz kwoty 200 000 zł na podstawie gwarancji ubezpieczeniowych nr 250001134790 (Zadanie nr 2 – Rejon Nowa Sól) – wszystkie z dnia 4 grudnia 2008 r., stanowiące zabezpieczenie wadialne złożonych przez Odwołującego w postępowaniu ofert.
  6. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z dnia 10 marca 2009 r. przesłał pełnomocnictwo ogólne z dnia 9 października 2008 r. udzielone Pani Marii Piotrowskiej, podpisującej się w wezwaniu o zapłatę wadium, ustanawiające ją pełnomocnikiem do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków niemajątkowych GDDKiA związanych z działalnością GDDKiA w Zielonej Górze zgodnie ze statutem i regulaminem organizacyjnym, podpisane przez p.o. Dyrektor Generalnego GDDKiA.
  7. Umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego nie została jeszcze podpisana.

Uwzględniając powyższe ustalenia, skład orzekający Izby oddalił przedmiotowe odwołanie uznając, że Odwołujący wnosząc je nie miał interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej, czyli w tym przypadku, tak protestu, jak i odwołania, konieczne jest wykazanie uszczerbku - rzeczywistego lub potencjalnego - w swoim interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, który to uszczerbek powstał na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W świetle przywołanego przepisu dla skuteczności złożenia protestu i odwołania, istotne jest więc wypełnienie przez wykonawcę, uczestnika konkursu lub też inną osobę trzech przesłanek:

- 1) uszczerbku w interesie prawnym, związanym z uzyskaniem danego zamówienia,
- 2) naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp,

- 3) związku przyczynowego pomiędzy konkretnym naruszeniem, a powstaniem, bądź możliwością powstania uszczerbku w interesie prawnym wnoszącego środki ochrony prawnej.

Wskazane przesłanki powinny być wypełnione przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w dziale VI ustawy pzp, na każdym etapie korzystania z tych środków – tak na etapie protestu, odwołania, jak i ewentualnie skargi.

Istotna z punktu widzenia rozpatrywania niniejszych odwołań jest przesłanka uszczerbku w interesie prawnym, który wiąże się z faktyczną, bądź potencjalną możliwością uzyskania danego zamówienia. Bezsporne pomiędzy stronami postępowania jest to, że Odwołujący został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, bowiem nie kwestionował tej czynności Zamawiającego w określonym, ustawowym terminie, poprzez złożenie protestu. Tym samym wobec braku oprotestowania tej czynności Zamawiającego decyzja o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu stała się ostateczna. Wykonawca ten formalnie przestał być podmiotem, który jest zainteresowany uzyskaniem tego konkretnego zamówienia w wyniku zaniechania swoich własnych działań. Tym samym rozpatrywanie podnoszonych przez tego Odwołującego zarzutów, dotyczących zatrzymania wadium, w żaden sposób nie wpływa - nawet potencjalnie - na możliwość uzyskania przez Odwołującego tego zamówienia.

Przyjęcie nawet stanowiska prezentowanego przez niektórych autorów w doktrynie odnośnie rozumienia interesu prawnego *sensu largo*, sprowadzające się do tego, że uzasadnieniem dla wnoszenia środków prawnych jest zapewnienie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzące do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą, nie pozwala na uznanie, że w niniejszym przypadku przesłanka ta została wypełniona.

W przypadku czynności zatrzymania wadium nie mamy bowiem do czynienia z faktyczną czynnością, podejmowaną w związku z podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – tj. zawarcia umowy w tym postępowaniu. Jest to swego rodzaju czynność Zamawiającego, ale nie samodzielna, podejmowana w toku postępowania. Jest to działanie Zamawiającego, formalnie tylko związane z jego czynnościami podejmowanymi w toku postępowania (choć może się ono i teoretycznie wydarzyć po zawarciu umowy), jednak działanie to stanowi skutek tych czynności Zamawiającego, niezależny od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp protest można złożyć wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu. Tym samym zatem przepis art. 179 ust. 1

ustawy Pzp, stanowiący o naruszeniach przepisów ustawy Pzp, odnosi się również - w związku z brzmieniem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp - do naruszeń w odniesieniu do czynności podejmowanych w postępowaniu. Jak wykazano czynność zatrzymania wadium nie jest czynnością, która wiąże się z czynnościami zamawiającego, podejmowanymi w toku postępowania, zmierzającymi do zawarcia umowy lecz niejako stanowi ich uboczny skutek.

W związku z powyższym Izba uznała, że w tym przypadku nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka dająca możliwość odniesienia się merytorycznego do podniesionego zarzutu zatrzymania wadium. Kwestia ta stanowi przedmiot sporu cywilnoprawnego pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego: gwarantem, beneficjentem i ewentualnie podmiotem, który z tego tytułu będzie ponosił skutki finansowe, tj. wykonawcy składającego gwarancje wadium w postępowaniu jako zabezpieczenie swojej oferty.

Podkreślić wyraźnie należy, że w rozpatrywanej przez Izbę sprawie Odwołujący przestał być zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia faktycznie (w perspektywie tego postępowania), jak i potencjalnie (*de facto* zgodził się on z Zamawiającym, poprzez brak oprostowania czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, że nie będzie uczestniczył (faktycznie, czy teoretycznie - potencjalnie) w procesie ubiegania się o dane zamówienie.

Skład orzekający Izby wyraża również pogląd, na który powoływał się Odwołujący, odnośnie odrębnych skutków prawnych dla celów skorzystania z dyspozycji przepisu art. 46 ust. 1a ustawy Pzp, tj. zatrzymania wadium, wynikających z jednej strony z oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na podstawie załączonych dokumentów, z drugiej zaś wynikających z oceny, czy dany wykonawca uzupełnił, bądź nie uzupełnił dokumentu w terminie, jak też kwestii nieuzupełnienia dokumentów w sposób niezawiniony przez wykonawcę. Oczywistym jest jednak w tym zakresie konieczność wykazania przez wykonawcę, że nieuzupełnienie danych, żądanych przez zamawiającego dokumentów, czy oświadczeń, bądź pełnomocnictw nie wynika z przyczyn leżących po jego stronie. Ta okoliczność również nie została wykazana przez Odwołującego. Niemniej jednak okoliczność ta może być – w ocenie Izby - przedmiotem odrębnego rozstrzygnięcia w trybie powództwa cywilnoprawnego, przez właściwy sąd powszechny.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp oraz orzeczono jak w sentencji.



Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przez Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....