

Sygn. akt: KIO 835/12

**WYROK**  
**z dnia 10 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie:** **Aneta Mlącka**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant:** **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Alpine Energie Polska Sp. z o.o.**, 58-100 Świdnica, ul. Gdyńska 25 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Widok Bio – Energia Sp. z o.o.**, 81-726 Sopot, ul. Parkowa 24

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Alpine Energie Polska Sp. z o.o.**, 58-100 Świdnica, ul. Gdyńska 25 i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Alpine Energie Polska Sp. z o.o.**, 58-100 Świdnica, ul. Gdyńska 25 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 nakazuje dokonanie zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Alpine Energie Polska Sp. z o.o.**, 58-100 Świdnica, ul. Gdyńska 25 kwoty **5.000 zł 00 gr.** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) wniesionej ponad należny wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Widok Bio – Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie na wykonanie „Pod Klucz” zadania inwestycyjnego pt. „Budowa elektrociepłowni na biomasę widok energia w miejscowości Koniecwałd, powiat sztumski”, obejmującego dostawę wraz z montażem i uruchomieniem kompletnego bloku energetycznego na biomasę w postaci słomy oraz zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, czyli hali produkcyjnej wraz z infrastrukturą umożliwiającymi prawidłowe funkcjonowanie ww. bloku energetycznego, wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu wykonawca Alpine Energie Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 26 kwietnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 835/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 kwietnia 2012 r. O czynności zamawiającego, wnoszący odwołanie został powiadomiony w dniu 16.04.2012r. pismem informującym o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanym do wykonawców drogą elektroniczną.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 31.01.2012 r., 2012/S 20-032338. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla zamówień przekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, do których naruszenia doprowadziło zaniechanie wykluczenia z postępowania odwołującego się, który nie wniósł wadium w terminie składania ofert oraz pominięcie zasady wprowadzonej w art. 26 ust. 3, iż nie wzywa się wykonawcy do uzupełnienia braków złożonej przez niego oferty, gdy podlega ona odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Odwołujący wskazywał na wadliwe zaniechanie wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ustalony w procesie weryfikacyjnym przeprowadzonym przy uwzględnieniu oferty odwołującego się. Odwołanie obejmuje również czynność zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, unieważnienie czynności zatrzymania wadium i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów odwołujący wyjaśnił, iż wniesione przez niego wadium od początku nie spełniało wymagania zamawiającego wniesienia go przed terminem składania ofert, gdyż nie doszło do zawarcia umowy gwarancji bankowej z uwagi na niedotrzymanie przez spółkę obowiązku ustanowienia na rzecz beneficjenta gwarancji w formie pisemnej. Złożona zamawiającemu kopia gwarancji przetargowej o numerze G/IMŁCK/115/2012 nie spełnia wymogu co do formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności czynności prawnej – zgodnie z art. 81 ust. 2 Prawa Bankowego. Dla wywołania skutków prawnych oświadczenia woli gwaranta, konieczne było doręczenie beneficjentowi – Widok Bio – Energia Sp. z o.o. - oryginału pisma, w którym oświadczenie to zostało uzewnętrznione. Nie dochowanie formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności dla oświadczenia gwaranta oznacza, iż nie doszło do zawarcia umowy gwarancji bankowej pomiędzy gwarantem – Bank Pekao S.A., a jej beneficjentem – Widok Bio – Energia Sp. z o.o. Dodatkowo odwołujący podniósł, iż skutecznie odwołał na podstawie art. 393 § 2 KC w zw. z art. 84 Prawa Bankowego - zastrzeżenie spełnienia świadczenia uczynione na rzecz Widok Bio – Energia Sp. z o.o., co doprowadziło do wygaśnięcia gwarancji przetargowej z dnia 05.03.2012 r.

Z uwagi na wskazane okoliczności wskazujące na brak skutecznego wniesienia wadium, zamawiający był zobowiązany do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i na jego podstawie powinien wykluczyć odwołującego się z przetargu. Mając na uwadze treść art. 24 ust. 4 ustawy, stanowiącego, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą, zamawiający nie był uprawniony do wzywania odwołującego do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Skoro nie zachodziły przesłanki do zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy, to nie mogła znaleźć zastosowania sankcja przewidziana w przepisie za niezuzupełnienie braków w ofercie w postaci przepadku wadium.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189

ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności, aby odwołanie wniesione zostało z uchybieniem terminu, co podnosił zamawiający. Odwołanie wniesione zostało wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, od której to czynności/zaniechania termin na wniesienie środka ochrony prawnej należy liczyć od dnia, w którym zamawiający przekazał wykonawcy informację o wynikach oceny ofert, co w niniejszej sprawie miało miejsce w dniu 16 kwietnia 2012 r. Wskazywana przez zamawiającego okoliczność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogła mieć znaczenia dla rozpoczęcia biegu terminu na wniesienie odwołania, ponieważ z samego wezwania nie można ustalić, jaki będzie wynik oceny oferty. Zgodnie z art. 24 ust 3 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych informację o podstawach wykluczenia wykonawcy z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający przekazuje wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, co w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło w dniu 16.04.2012 r. Termin na wniesienie odwołania na czynność zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania upłynął w dniu 26.04.2012 r., tj. w dziesiątym dniu od przekazania wykonawcy informacji w jednej z form wskazanej w art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając powyższe na względzie, odwołanie wniesione do Izby w dniu 26.04.2012 r. należało uznać za wniesione w terminie i skierować do rozpoznania na rozprawie.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty wykonawcy Alpine Energie Polska Sp. z o.o., a także informacji o wyniku postępowania z dnia 16.04.2012 r. Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczą zaniechania wykluczenia odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, co w konsekwencji zdaniem odwołującego doprowadziło do naruszającego art. 26 ust. 3 ustawy wszczęcia procedury uzupełnienia dokumentów oraz zatrzymania wadium.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, stanowiący materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Izba ustaliła, iż odwołujący w dniu 16.04.2012 r. został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ponieważ nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, do których uzupełnienia został wezwany w piśmie z dnia 23.03.2012 r. Wnosząc odwołanie w dniu 26.04.2012 r. wykonawca nie kwestionował istnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu

o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, podnosił jedynie dodatkowe okoliczności wskazujące na konieczność wykluczenia go z postępowania jeszcze z innej podstawy prawnej, tj. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. W ocenie składu orzekającego, wykonawca wykluczony z postępowania, który wskazuje dodatkowo na dalsze podstawy swojego wykluczenia z postępowania, nie dąży do uzyskania zamówienia, czym wykazuje brak interesu w jego uzyskaniu. Należy również zauważyć, iż podnoszone w odwołaniu okoliczności dotyczące braku zabezpieczenia oferty odwołującego wadium, dodatkowo podważają zasadność stwierdzenia nawet hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia, uzasadniającej skorzystanie z środka ochrony praw wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro odwołujący nie kwestionuje zasadności wykluczenia go z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to ewentualne zaniechanie wykluczenia go również z innej dodatkowej podstawy prawnej, w żaden sposób nie wpływa na stwierdzenie, iż zaniechanie zamawiającego pozbawia tego wykonawcę szansy na uzyskanie zamówienia, a wniesienie odwołania ma na celu przywrócenie go do postępowania. Działania odwołującego wskazują na dążenie do podtrzymania decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, co w ocenie Izby stoi w sprzeczności z treścią art. 179 ust. 1 ustawy, czyniąc wniesione odwołanie bezskutecznym.

Brak wykazania legitymacji do wniesienia odwołania powodował pozostawienie zarzutów bez rozpoznania i oddalenie odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu w wysokości ustalonej dla postępowania, o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość przekracza kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy dla dostaw i usług, wynoszącej 15.000 zł. Nadpłaconą, w stosunku do należnej, kwotę 5.000 zł. Izba nakazała zwrócić odwołującemu. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o obciążenie odwołującego kosztami poniesionymi przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, które nie zostały potwierdzone stosownymi rachunkami składanymi do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....