

Sygn. akt: KIO/UZP 663/08

WYROK
z dnia 14 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Krakowska 71/73, 50-126 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, Pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław** protestu z dnia 17 czerwca 2008r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Sevibus Polska Marcinkowski i Sip S.K.A., ul. Chrzanowskiego 28, 51-141 Wrocław** i **Bus Marco Polo Wroclavia 1992 Sp. z o.o., ul. Zielińskiego 39, 53-533 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Krakowska 71/73, 50-126 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Krakowska 71/73, 50-126 Wrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Krakowska 71/73, 50-126 Wrocław.**

U z a s a d n i e n i e

Gmina Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz gminy Czernica”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 24 kwietnia 2008 r., nr 2008/S 80-108717.

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2008 r., poinformował Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwane dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum firm: SEVIBUS POLSKA Marcinkowski i SIP Sp. komandytowo-akcyjna z siedzibą we Wrocławiu i Bus Marco Polo Wratislavia 1992 z siedzibą we Wrocławiu, zwane dalej „Konsorcjum”.

Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 17 czerwca 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności:

1. wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum z powodów wskazanych w proteście,

2. wykluczenia z postępowania Konsorcjum, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, pomimo złożenia oferty przez osobę do tej czynności nieuprawnioną.

Tym samym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując iż wykonawca Konsorcjum złożył ofertę niezabezpieczoną wadium. Wykonawca Konsorcjum wniósł bowiem wadium w formie gotówkowej, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i zapisami SIWZ zobowiązany był wnieść wadium przelewem, a więc w formie bezgotówkowej. Dlatego też wykonawca Konsorcjum powinien być wykluczony z przedmiotowego postępowania.
2. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując iż członek Konsorcjum, tj. Bus Marco Polo Wroclawia 1992 Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwane dalej „Bus Marco Polo” był reprezentowany przez osobę nieuprawnioną, a zatem pełnomocnictwo udzielone pełnomocnikowi Konsorcjum przez Bus Marco Polo, a w konsekwencji oferta złożona przez Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu – nie wywołują żadnych skutków prawnych.
3. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując iż wykonawca Konsorcjum wylegitymowało się w złożonej ofercie innymi przewozami niż wymagane przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie wykazało się przewozem osób w ramach linii regularnych specjalnych, podczas gdy Zamawiający wymagał doświadczenia w przewozie osób w ramach przewozów regularnych. Dodatkowo podniósł, iż wykonawca Konsorcjum w wykazie (sporządzonym według wzoru załącznika nr 3) nie podał wartości wykonanych usług, tym samym nie złożył dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nadto wskazał, iż wykonawca Konsorcjum załączył polisę OC nr 0564336, z treści której wynika, iż nie obejmuje ona podstawowej działalności, jaką jest przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu, mimo iż Zamawiający zamieścił w SIWZ warunek posiadania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.
4. innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego protestu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu oraz dokonanie zaniechanej czynności, polegającej na wykluczeniu Konsorcjum z postępowania oraz odrzuceniu oferty wykonawcy Konsorcjum z powodów wskazanych w treści protestu.

Pismem z dnia 18 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału

w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca Konsorcjum otrzymało w tej samej dacie).

Pismem z dnia 20 czerwca 2008 r. Konsorcjum przystąpiło do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 25 czerwca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe uwzględnienie. Zamawiający w zakresie zarzutów dotyczących:

1. braku wskazania w załączniku nr 3 „Wykaz zrealizowanych (...) usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych (...)” wielkości zrealizowanych zamówień, uznał, iż nie była to wielkość służąca ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i dlatego też nie miał obowiązku wezwania do uzupełnienia przedmiotowego wykazu. Niemniej jednak z uwagi na to, iż Konsorcjum umieściło w swoim wykazie usługę o charakterze przewozu regularnego specjalnego Zamawiający uznał przedmiotowy zarzut i po upływie terminu wskazanego w art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp powtórzy oprotestowaną czynność oraz dokona czynności bezprawnie zaniechanej;
2. braku w przedłożonej polisie ubezpieczeniowej potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia OC obejmującej przedmiot niniejszego zamówienia, Zamawiający uznał przedmiotowy zarzut i podniósł, że po upływie terminu wskazanego w art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp powtórzy oprotestowaną czynność oraz dokona czynności bezprawnie zaniechanej.

W pozostałym zakresie zarzuty zostały oddalone.

Pismo zawierające rozstrzygnięcie protestu Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 30 czerwca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 1 lipca 2008 r.), podtrzymując wszystkie zarzuty podniesione w proteście.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum i odrzucenia jego oferty,
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 30 czerwca 2008 r.

Pismem z dnia 1 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 8 lipca 2008 r. (pismem z dnia 2 lipca 2008 r.) Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

W trakcie rozprawy pełnomocnik Odwołującego ograniczył podnoszone w dowołaniu zarzuty jedynie do dwóch, które nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione w rozstrzygnięciu protestu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków odwoławczych, gdyż jego oferta w rankingu oceny ofert została sklasyfikowana na drugiej pozycji jako nie podlegająca odrzuceniu, a wykonawca nie został z postępowania wykluczony, zatem Odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w przypadku potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów. Zarzuty podniesione przez Przystępujące Konsorcjum, a dotyczące konieczności odrzucenia oferty Odwołującego, wykraczają poza zakres zaskarżenia i nie były dotychczas podnoszone, zatem nie mogą być uwzględnione przez skład orzekający Izby również w kontekście oceny interesu prawnego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. złożenia oferty niezabezpieczonej wadium nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale XIV „Wymagania dotyczące wadium” pkt 1 a zamieścił postanowienie „Każdy wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości 40.000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych). Wadium może być wniesione w następujących formach:

- a) pieniądzu – przelewem na rachunek bankowy: Bank Zachodni WBK 1 O/Wrocław (...).”

Odwołujący w dniu 3 czerwca 2008 r. dokonał w Banku Zachodnim WBK we Wrocławiu wpłaty gotówkowej 40.000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych) na rachunek bankowy Zamawiającego wskazany w SIWZ. Potwierdzenie przedmiotowej wpłaty zostało załączone do złożonej oferty (s. 4 oferty).

Zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Powyższe jednoznacznie wskazuje na obowiązek bezgotówkowego rozliczenia wadium w drodze przelewu bankowego oraz wyklucza możliwość dokonywania wpłat gotówkowych na rachunek

zamawiającego, przy czym nieistotne jest, czy wpłata dokonywana byłaby w kasie banku prowadzącego rachunek zamawiającego, czy też innego banku. Przepis mówi o przelewie, który jest rozliczeniem bezgotówkowym i zgodnie z treścią art. 63 ust. 3 pkt 1 i art. 63 c ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002, Nr 72, poz. 665 z późn. zm.) polega na obciążeniu rachunku dłużnika określoną kwotą i uznaniu tą kwotą rachunku wierzyciela.

Bezspornym jest, iż Konsorcjum wniosło wadium w wymaganej kwocie na rachunek bankowy Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert

Niemniej jednak dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie istotnym jest ustalenie, czy wniesienie wadium w sposób inny niż przewidziany w SIWZ i ustawie Pzp (wpłata gotówkowa na rachunek bankowy Zamawiającego) skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, czy też nie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium (...). Wykonawca Konsorcjum wniósł wadium, przy czym wniósł je w sposób inny niż przewiduje to art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, a także inny niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ.

Skład orzekający Izby uznał, iż literalne brzmienie ww. przepisu wskazuje, iż tylko i wyłącznie brak wadium na rachunku wskazanym przez Zamawiającego do upływu terminu składania ofert, a więc jego nie wniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W niniejszym postępowaniu wymagana kwota zabezpieczenia wadialnego oferty została faktycznie wniesiona, tak więc oferta Konsorcjum była skutecznie zabezpieczona, poprzez fakt spoczywania na rachunku bankowym Zamawiającego wymaganej kwoty, z której może on w każdej chwili się zaspokoić – w sytuacjach określonych w ustawie Pzp. Cel wadium został zatem osiągnięty. Dlatego też wykonawca Konsorcjum nie może zostać wykluczony z postępowania ze względu na brak wadium, które faktycznie zostało wniesione. Ustawodawca w przepisie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie przewidział konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób inny niż określone w art. 45 ust. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Czynność dokonania wpłaty wadium w sposób inny niż określony wskazanym przepisem mogłaby być rozważana co najwyżej w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, jako niezgodność oferty z przepisami ustawy. Jednakże ponieważ Izba, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, a zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie wadium Odwołujący nie podniósł, Izba nie może nakazać ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum na podstawie ww. przepisów.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. wystawienia pełnomocnictwa dla Konsorcjum przez osobę nieuprawnioną nie potwierdził się.

Konsorcjum, składając ofertę załączyło wypis z KRS, z treści którego wynika, iż uprawnionymi do reprezentowania Bus Marco Polo są: Krzysztof Dyla – Prezes Zarządu łącznie z prokurentem oraz Roman Miernik i Piotr Miernik – jako prokurenci samoistni, w tym Krzysztof Dyla i Roman Miernik, są to osoby, które złożyły podpis pod udzielonym pełnomocnictwem.

Z ustawy o KRS wynika domniemanie, iż wpisy do KRS są aktualne. Można je jedynie obalić poprzez przedłożenie dowodu przeciwnego w postaci np. uchwały wspólników. Na podstawie dokumentów przedłożonych przez Przystępującego (Konsorcjum) ustalono, iż w dniu 26 maja 2008 r. odbyło się Zwyczajne Zgromadzenie Wspólników spółki pod firmą „BUS MARCO POLO WRATISLAVIA 1992” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, podczas obrad którego podjęto uchwałę nr 5 powołującą „na kolejne dwa lata 2008 i 2009 na stanowisko Prezesa Zarządu: Krzysztofa Dyla”. Z powyższego wynika, iż z tym dniem Krzysztof Dyla został Prezesem Zarządu Spółki. Istotnie czynność ta podlega ujawnieniu w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Wpis ten ma jednak znaczenie jedynie deklaratoryjne (informacyjne). Natomiast charakter konstytutywny ma chwila podjęcia uchwały przez Zgromadzenie Wspólników oraz zgłoszenie tych zmian do KRS. Reasumując dla skuteczności powołania Prezesa zarządu nie jest niezbędnym dokonanie stosownego wpisu, gdyż powołanie prezesa zarządu zostało skutecznie dokonane z chwilą podjęcia uchwały przez organ uprawniony. Tak więc w dniu udzielania pełnomocnictwa Krzysztof Dyla był już skutecznie powołany na Prezesa Zarządu. Dlatego też brak jest przesłanek, aby na tej podstawie wykluczyć Odwołującego z niniejszego postępowania.

Niezależnie od powyższego nawet gdyby uznać, że przedłożony KRS nie był aktualny z tego powodu, że nie uwzględniał postanowień uchwały z dnia 26 maja 2008 r. należy uznać, że wobec braku zmiany osoby na stanowisku Prezesa Zarządu (Krzysztof Dyla) nowy wpis w tym zakresie w KRS nic nie zmieniłby w przedmiotowym stanie faktycznym, bowiem istnieje faktyczna ciągłość w pełnieniu funkcji Prezesa Zarządu przez tę samą osobę.

W zakresie pozostałych zarzutów Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż omyłkowo zostały one podniesione w odwołaniu, gdyż Zamawiający je uwzględnił i po upływie terminu wskazanego w art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp powtórzy oprotestowaną czynność oraz dokona czynności bezprawnie zaniechanej, dlatego też Izba nie rozpatrywała tych zarzutów.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*