

WYROK

z dnia 7 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Moja Sp. z o.o. Stanisława Okrzei 21, 48-130 Kietrz oraz SPORTER s.r.o. Gabickova 4, 841 04 Bratysława, Słowacja

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Gmina Kędzierzyn-Koźle ul. Piramowicza 32, 47-200 Kędzierzyn-Koźle
protestu z dnia 16 lipca 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Moja Sp. z o.o. Stanisława Okrzei 21, 48-130 Kietrz oraz SPORTER s.r.o. Gabickova 4, 841 04 Bratysława, Słowacja i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Moja Sp. z o.o. Stanisława Okrzei 21, 48-130 Kietrz oraz SPORTER s.r.o. Gabickova 4, 841 04 Bratysława, Słowacja,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Moja Sp. z o.o. Stanisława Okrzei 21, 48-130 Kietrz oraz SPORTER s.r.o. Gabickova 4, 841 04 Bratysława, Słowacja.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie boisk osiedlowych (ul. Zwycięstwa, ul. Lompy, ul. Stara)* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 maja 2009 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 164468. Wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych.

9 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, iż, pomimo wezwania, nie uzupełnił on brakującego dokumentu, tj. polisy OC partnera konsorcjum, pomimo iż, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli obowiązek złożyć dokumenty w zakresie ubezpieczenia oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tego samego dnia Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania dla wszystkich części na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych ze względu na to, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu – oferta Odwołującego dotyczyła wszystkich części i była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu.

16 lipca 2009 r. wniósł protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął w ustawowym terminie, a więc, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oddalił. Od tego rozstrzygnięcia Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał wszystkie zarzuty i wnioski wymienione w proteście zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co narusza jego interes prawny z uwagi na pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia oraz możliwość utraty wpłaconego wadium. W związku z tym wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie Zamawiającemu uznania oferty Odwołującego za spełniającą warunki udziału w postępowaniu oraz o unieważnienie postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Swoje zarzuty oraz żądania Odwołujący uzasadnił następująco.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do sytuacji ekonomicznej i finansowej – wykonawca zobowiązany jest posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę sumy ubezpieczenia (na dzień złożenia oferty) nie mniejszą niż 300.000 zł (oddzielnie dla każdej części) i ważną co najmniej przez cały okres związania ofertą, z zastrzeżeniem, iż zobowiązanie, ubezpieczyciela wynikające z umowy ubezpieczenia, nie może być przedmiotem cesji na rzecz osób trzecich.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Zamawiający zażądał polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia stwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę sumy ubezpieczenia (na dzień złożenia oferty) nie mniejszą niż 300.000 zł (dla każdej części oferty). W polisie lub dokumencie

ubezpieczeniowym musiał być jednoznaczny zapis, że jest to ubezpieczenie od prowadzonej działalności gospodarczej – w innym przypadku należało do dokumentu ubezpieczeniowego dołączyć ogólne warunki umowy ubezpieczenia, które potwierdzają, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie OC od prowadzonej działalności gospodarczej. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oceniane miało być ich łączne znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniające wykonanie zamówienia, a wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli obowiązek złożyć dokumenty w zakresie ubezpieczenia.

Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz przedstawił polisę wystawioną przez PZU dla Moja sp. z o.o. – lidera potwierdzającą, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę 1.000.000 zł, czym potwierdził spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego odnośnie uzupełnienia oferty Odwołujący uzupełnił pozostałe dokumenty, a w kwestii dotyczącej żądanej polisy od członka konsorcjum wyjaśnił, iż spełnił warunek postawiony przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych oferta konsorcjum traktowana jest jako wspólna oferta w rozumieniu art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, a do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy, co oznacza, że każdy z uczestników konsorcjum musi wykazać, że spełnia warunki podane w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 – 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy brać pod uwagę łączny potencjał uczestników konsorcjum, a więc spełnienie warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez konsorcjum należy rozumieć jako łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum, czyli mogą spełnić warunek wszyscy wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum

lub tylko niektórzy z nich, byleby sumarycznie warunek był spełniony. Tylko taka interpretacja zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa, zgodnie, z którą konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez kilku wykonawców. Zasadnicze znaczenie dla oceny spełniania warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma to, czy konsorcjum jako całość te warunki spełnia i jest zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, jak wynika z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oceniane będzie ich łączne znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniające wykonanie zamówienia.” W sytuacji więc, gdy lider konsorcjum przedłożył polisę wystawioną przez PZU dla Moja Sp. z o.o. potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę 1.000.000 zł, to należy uznać, że warunek postawiony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie został spełniony przez konsorcjum jako wykonawcę i bez znaczenia jest brak polis pozostałych uczestników konsorcjum, gdyż informacja ta niczemu już nie służy.

Warunek postawiony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia „wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek złożyć dokumenty w zakresie ubezpieczenia” w sytuacji, gdy konsorcjum jako wykonawca spełniło już warunek postawiony przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i potwierdziło znajdowanie się przez konsorcjum w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia godzi w zasadę uczciwej konkurencji oraz wykonawców wyrażone w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący w żądaniu 2 i 3 odwołania odnosi się do czynności Zamawiającego polegającej na jego wykluczeniu z postępowania, które to wykluczenie uniemożliwia Zamawiającemu uznanie jego oferty za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu Izba stwierdziła, iż przedstawione w odwołaniu postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do których odnosi się ten zarzut, zostały zacytowane zgodnie z brzmieniem rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków”.

Taki sam wymóg znajduje się w punkcie III.2) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Jak wynika z przedstawionych Izbie stanowisk Stron to, że Odwołujący nie przedstawił polisy od odpowiedzialności cywilnej dla SPORTER r.s.o. – członka konsorcjum, jak również to, że wymaganiem Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia było przedstawienie takiej polisy od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest sporne pomiędzy Stronami.

Z punktu III.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika więc jednoznacznie, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oceniane miało być ich łączne znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniające wykonanie zamówienia, co należy uznać za prawidłowe działanie Zamawiającego. Do tej kwestii odnosi się także większość argumentów zawartych w odwołaniu.

Jednak w stosunku do żądanych dokumentów Zamawiający postawił dodatkowy wymóg, aby wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli dokumenty w zakresie ubezpieczenia. Zatem brzmienie tego wymogu wskazuje jednoznacznie, iż Zamawiający, niezależnie od tego, iż zamierzał oceniać wykonawców wspólnie, wymagał, aby polisa lub inny dokument ubezpieczenia były przedstawione dla każdego z konsorcjantów.

Powyższe postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zostało oprotestowane w ustawowym terminie wskazanym w art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. w ciągu 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych), zatem jest wiążące zarówno dla Odwołującego, jak i Zamawiającego, a wszelkie zarzuty co do poprawności tej konstrukcji nie mogą być przez Izbę brane pod uwagę jako wniesione po terminie.

Zamawiający nie został też, w trybie przewidzianym w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poproszony o żadne wyjaśnienia dotyczące tej kwestii.

W związku z ustaleniem wymagania dotyczącego polisy wynikającego ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, iż Zamawiający postąpił poprawnie wzywając Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu dla SPORTER s.r.o., a w związku z jego nieuzupełnieniem, w sposób prawidłowy wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 – tj. nie złożyli poprawnych dokumentów pomimo wyznaczenia dodatkowego terminu na ich uzupełnienie. Jest to odrębna przyczyna

wykluczenia od wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnoszącej się do wykluczenia wykonawcy ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Tak więc wykonawca, który nie złożył wymaganych dokumentów, podlega wykluczeniu niezależnie od tego, czy zachodzą w stosunku do niego przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, do których te dokumenty miały się odnosić.

Przedstawianie szeregu dokumentów przy składaniu ofert stanowi dla wykonawców uciążliwość, a ich niezłożenie lub wadliwe złożenie wywołuje negatywne skutki w postaci wykluczenia z postępowania. Dlatego podstawowym wymogiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który wielokrotnie podkreślał w swoich orzeczeniach Europejski Trybunał Sprawiedliwości, jest ustalenie a priori (na etapie ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia itd.) wymagań, które mają spełnić wykonawcy – a potem oczywiście konsekwentne ich przestrzeganie – gdyż tylko w ten sposób można zachować konieczną przejrzystość w wyborze najkorzystniejszej oferty, czy też, jak to nazwano w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Sanowanie przez Zamawiającego braku polisy wbrew wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunkom składania tego dokumentu, stanowiłoby naruszenie obu tych zasad.

Odwołujący nie przedstawił argumentacji odnoszącej się do żądania unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem Izba nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....