

Sygn. akt KIO/UZP 1601/09

WYROK

z dnia 8 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

**Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska**

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instytut Konkurencyjnej Ekonomii Regionów Sp. z o. o. i Agencja Rozwoju Lokalnego „AGROTUR” S.A., 61-606 Poznań, ul. Maciejewskiego 2a/7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Poznań, 61-841 Poznań, Plac Kolegiacki 17** protestu z dnia 25 września 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Profile Sp. z o.o., Profile - Poznań s.c. K. Godlewska, I. Urbanowicz, ul. E. Drużbackiej 13, 01-622 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instytut Konkurencyjnej Ekonomii Regionów Sp. z o. o. i Agencja Rozwoju Lokalnego „AGROTUR” S.A., 61-606 Poznań, ul. Maciejewskiego 2a/7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instytut Konkurencyjnej Ekonomii Regionów Sp. z o. o. i Agencja Rozwoju Lokalnego „AGROTUR” S.A., 61-606 Poznań, ul. Maciejewskiego 2a/7,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instytut Konkurencyjnej Ekonomii Regionów Sp. z o. o. i Agencja Rozwoju Lokalnego „AGROTUR” S.A., 61-606 Poznań, ul. Maciejewskiego 2a/7.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Miasto Poznań prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji operatora programu kulturalnego Miasta Poznania, który to program zostanie zgłoszony w konkursie o tytuł Europejskiej Stolicy Kultury 2016. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 marca 2009 r. pod numerem 2009/S 46-067233.

W dniu 21 września 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Profile Sp. z o.o. i Profile - Poznań s.c. K. Godlewska, I. Urbanowicz oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Instytut Konkurencyjnej Ekonomii Regionów Sp. z o.o. i Agencja Rozwoju Lokalnego AGROTUR S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Jako uzasadnienie wykluczenia wykonawcy Zamawiający wskazał okoliczność nie wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 25 września 2009 r. protest wobec czynności wykluczenia i wyboru oferty najkorzystniejszej wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Instytut Konkurencyjnej Ekonomii Regionów Sp. z o.o. i Agencja Rozwoju Lokalnego AGROTUR S.A. zwani dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący we właściwym terminie nie uiścił wadium,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Profile Sp. z o.o. i Profile - Poznań s.c. K. Godlewska, I. Urbanowicz w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
- art. 60a ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Profile Sp. z o.o. i Profile - Poznań s.c. K. Godlewska, I. Urbanowicz, którzy nie zostali uprzednio dopuszczeni do udziału w dialogu konkurencyjnym,

- art. 23 ust. 2 ustawy Pzp przez dopuszczenie oferty złożonej przez pełnomocnika nieprawidłowo umocowanego przez wspólników spółki cywilnej Profile – Poznań s.c. K. Godlewska, I. Urbanowicz,
- naruszenie prawa przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców działających wspólnie bez pełnomocnictwa, w oparciu o nieaktualne dokumenty.

Odwołujący podniósł, że wadium jest wniesione z chwilą, gdy zostało wpłacone lub ustanowione, co Odwołujący uczynił w dniu 4 września 2009 r. przed godz. 10.45, tj. przed upływem terminu składania ofert. Zwrócił uwagę, że Zamawiający nie określił w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że wadium wnoszone w formie pieniężnej uważa się za wniesione skutecznie, jeżeli przed upływem terminu składania ofert znajdzie się ono na koncie Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że wniesienie wadium jest dokonane w chwili, gdy interesy zamawiającego, postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone. Zdaniem Odwołującego, chwilą tą jest moment wydania dyspozycji dokonania przelewu na konto zamawiającego pod warunkiem, iż wykonawca posiada środki w odpowiedniej wysokości. Fakt wniesienia wadium został potwierdzony, zdaniem Odwołującego, dokumentem o nazwie „Potwierdzenie dyspozycji przelewu”. Odwołujący podkreślił, że dyspozycja dokonania przelewu została zlecona bezpośrednio w banku wykonawcy, zatem jego realizacja mogła nastąpić jedynie w razie posiadania przez wykonawcę na koncie środków finansowych, w przeciwnym razie nie zostałaby ona przyjęta przez pracownika banku.

Odwołujący wyraził pogląd, że gdyby wolą ustawodawcy było, aby wadium zostało zaksięgowane na koncie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, obowiązek taki powinien zostać wprost wyrażony w ustawie. Wskazał, że takie rozwiązanie zostało zastosowane w przepisach regulujących zasady zbycia nieruchomości - zgodnie z § 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości (Dz. U. z 2004 r. Nr 207, poz. 2108 z późn. zm.) „wyznaczony termin wniesienia wadium powinien być ustalony w taki sposób, aby umożliwiał komisji przetargowej stwierdzenie, nie później niż 3 dni przed przetargiem, że dokonano wpłaty.” Przy takim rozwiązaniu, jak wskazał Odwołujący, podmiot określający warunki przetargu ustala termin, do którego należy wnieść wadium w czasie, który umożliwi stwierdzenie, iż wpłynęło ono na konto zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, z użytego przez ww. rozporządzenie i ustawę Pzp pojęcia „termin wniesienia wadium” wynika wprost, że przez termin ten uznaje się moment dokonania przelewu, gdyż w innym przypadku nie byłoby potrzeby wyznaczania dodatkowego okresu, który jest niezbędny, aby od chwili złożenia polecenia przelewu

przekazane środki ujawniły się na koncie organizatora przetargu. Odwołujący zwrócił również uwagę, iż to na organizatorze przetargu ciąży obowiązek wyznaczenia takiego okresu, który umożliwi stwierdzenie, iż dokonano wpłaty, wyłączając tym samym jakąkolwiek odpowiedzialność wykonawcy za czas trwania operacji finansowych. Powyższe stanowisko w zakresie zachowania terminu wniesienia wadium potwierdza również, jak wskazał Odwołujący, praktyka stosowana przy uiszczaniu opłat sądowych, bowiem zgodnie z przyjętym orzecznictwem przyjmuje się, że dla dochowania terminu do uiszczenia opłaty decydująca jest data złożenia polecenia przelewu w banku, a nie data uznania rachunku bankowego właściwego sądu. Kolejną okolicznością, która wskazuje na bezpodstawne wykluczenie z postępowania jest, w opinii Odwołującego, fakt odrzucenia złożonej przez niego oferty po 17 dniach od dnia otwarcia ofert, w sytuacji, kiedy wadium spoczywa już na koncie Zamawiającego.

Kolejnym zarzutem podniesionym przez Odwołującego jest złożenie przez Panią Katarzynę Godlewską zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej miasta Poznania, z którego wynika, iż ww. osoba jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą, spełniającym warunki określone przez Zamawiającego, gdy tymczasem ze złożonego zaświadczenia wynika, że pani Godlewska nie prowadziła działalności gospodarczej od dnia 27 października 2005 r.

Odwołujący wskazał, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały wskazane dwa podmioty: Profile Sp. z o.o. i Profile – Poznań, podczas gdy ofertę złożyli wykonawcy Profile Sp. z o.o. i Profile – Poznań s.c. W związku z tym, iż na pierwszym etapie postępowania Zamawiający dopuścił do udziału wykonawców, których skład był inny niż wykonawców składających ofertę, Zamawiający naruszył, zdaniem Odwołującego, art. 60a. ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że uprawnienie do podpisania oferty i pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum powinno być oceniane w świetle postanowień umowy spółki. Odwołujący podniósł, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty złożonych przez Przystępującego nie została dołączona umowa spółki cywilnej Profile-Poznań s.c., wobec czego nie jest możliwe ustalenie podmiotu będącego współnikiem spółki cywilnej ubiegającej się o zamówienie. Powyższe wyklucza, zdaniem Odwołującego, możliwość uznania, że udzielenie pełnomocnictwa przez Panią Katarzynę Godlewską nastąpiło zgodnie z art. 866 w zw. z art. 865 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Jednocześnie Odwołujący stwierdził, biorąc pod uwagę wartość złożonej przez Przystępującego oferty, że czynność ta przekracza zakres zwykłego zarządu, zatem

do ważności złożonego oświadczenia woli niezbędna jest, w jego ocenie, zgoda pozostałych wspólników spółki cywilnej.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie dołączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, a także dokumentu wskazującego osobę uprawnioną do reprezentowania składającego wniosek. Dopuszczenie przez Zamawiającego do dalszego udziału w postępowaniu wykonawców działających wspólnie bez pełnomocnictwa, w oparciu o nieaktualne dokumenty, z których jeden zawierał na dzień złożenia wniosku nieprawdziwe dane, uznać należy, w opinii Odwołującego, za rażące naruszenie prawa przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Profile Sp. z o.o. i Profile Poznań s.c. K. Godlewska, I. Urbanowicz,
- dokonanie ponownej oceny oferty złożonej przez Odwołującego i uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 5 października 2009 r. przez jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał na konieczność zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres związania ofertą oraz wymóg wpływu wadium na konto Zamawiającego przed terminem składania ofert.

Zamawiający podkreślił, że dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli składać na etapie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Stwierdził, że Odwołujący w dniu 15 maja 2009 r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do podniesienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej dotyczących Pani Godlewskiej i Pani Urbanowicz oraz pełnomocnictwa do reprezentacji Profile –Poznań s.c.

udzielonego Pani Urbanowicz. Wykonawca uzupełnił ww. dokumenty w dniu 8 maja 2009 r. dodatkowo dołączając umowę spółki cywilnej. Złożone dokumenty Zamawiający uznał za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził ponadto, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofertę złożyły te same podmioty. Wskazał w tym miejscu na konieczność przeanalizowania całej treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie tylko jego wstępnej części.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący wnosząc w dniu 15 października 2009 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, polegający na nienależytej kontroli dokumentacji składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Profile Sp. z o.o. i Profile-Poznań s.c K. Godlewska, I. Urbanowicz,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący we właściwym czasie nie uiścił wadium,
- art. 23 ust. 2 ustawy Pzp przez dopuszczenie oferty złożonej przez pełnomocnika nieprawidłowo umocowanego przez wspólników spółki cywilnej Profile-Poznań s.c. K. Godlewska, I. Urbanowicz,
- art. 60a ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców, którzy nie zostali uprzednio dopuszczeni do udziału w dialogu konkurencyjnym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,
- dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego i uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą.

Na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie o rezygnacji z popierania zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, mimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 12 704 018 PLN, co stanowi równowartość 3 276 680,51 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-1).

W przedmiotowym postępowaniu do składania ofert zaproszonych zostało 3 wykonawców, 2 z nich złożyło oferty. Ceny zaoferowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia kształtują się następująco:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Profile Sp. z o.o. i Profile-Poznań s.c. K. Godlewska, I. Urbanowicz – 12 020 660 PLN,
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Instytut Konkurencyjnej Ekonomii Regionów Sp. z o.o. i Agencja Rozwoju Lokalnego AGROTUR S.A. – 13 596 900 PLN.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert złożonych przez Odwołującego i Przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp biorąc pod uwagę fakt, iż jednym z zarzutów podniesionych przez Odwołującego jest zarzut naruszenia ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Powodem wykluczenia Odwołującego była okoliczność, iż wniesione przez Odwołującego w formie przelewu wadium nie znalazło się na rachunku Zamawiającego przed terminem otwarcia ofert. Poza sporem pozostaje okoliczność, iż Odwołujący zlecił przelew na rachunek Zamawiającego kwoty 20 000 PLN tytułem wadium w dniu 4 września 2009 r. Potwierdzenie dokonania powyższej operacji Odwołujący złożył wraz z ofertą. Wydruk potwierdzenia został dokonany w dniu 4 września 2009 r. o godzinie 9:46, co wskazuje, że operacja została dokonana przed ww. terminem, a tym samym przed terminem składania ofert, który upływał w dniu 4 września 2009 r. o godzinie 10.45.

Art. 45 ustawy Pzp stanowi, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Izba zgodziła się z jednolitym poglądem prezentowanym w orzecznictwie, że wniesienie wadium jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium. Z treści pisma PKO BP S.A. z dnia 8 września 2009 r. jednoznacznie wynika, że kwota wadium wpłacona przez Odwołującego została zaksięgowana na koncie Zamawiającego w dniu 4 września 2009 r. o godzinie 14:59. Ponadto ze znajdującego się w aktach sprawy zestawienia operacji wykonanych na koncie Zamawiającego wygenerowanego w dniu 4 września 2009 r. o godzinie 10:45 obejmującego okres od dnia 1 sierpnia 2009 r. do dnia 4 września 2009 r. wynika, że w tym okresie wpłaty kwoty wadium dokonała jedynie Profile Sp. z o.o. Powyższym okolicznościom nie przeczy Odwołujący.

Wobec faktu, że kwota wadium nie została zaksięgowana na koncie Zamawiającego przed terminem składania ofert, oferta złożona przez Odwołującego nie była skutecznie zabezpieczona – Zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności przewidzianych w ustawie Pzp nie dysponowałby kwotą wadium, nie mógłby skutecznie zaspokoić swoich roszczeń, zatem cel wadium nie został osiągnięty.

Uznaniu czynności dokonanej przez Zamawiającego za uprawnioną nie przeczy fakt, że w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia brak jest wyrażonego wprost wymagania, aby wadium wniesione przelewem zostało zaksięgowane na koncie Zamawiającego przed terminem składania ofert. Wymóg taki wynika wprost z ustawy Pzp.

Wobec powyższego, działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania Izba uznała za w pełni uprawnione.

Jednocześnie za spóźniony Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Wiadomość o okolicznościach dotyczących umocowania do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji również oferty, złożonych przez Przystępującego były znane Odwołującemu na wcześniejszym etapie postępowania – z treścią wniosku Odwołujący zapoznał się już w dniu 15 maja 2009 r. Dodatkowo, wiadomości stanowiące podstawę zarzutu Odwołujący mógł powziąć również zapoznając się z treścią dokumentacji postępowania w dniach 11 września 2009 r., 22 września 2009 r. i 6 października 2009 r.

Podobnie, za spóźniony został uznany przez Izbę zarzut naruszenia art. 60 a ustawy Pzp. Wiedzę o fakcie zaproszenia przez Zamawiającego do składania ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Profile Sp. z o.o. i Profile-Poznań s.c.

K. Godlewska, I. Urbanowicz Odwołujący mógł powziąć na etapie zaproszenia wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 18 sierpnia 2009 r.

Izba na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jako nie podniesiony w proteście.

Wobec zaniechania przez Odwołującego popierania zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba pozostawiła zarzut ten bez rozpoznania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

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

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 w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....