

WYROK
z dnia 15 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**

Anna Packo

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15.06.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 71-682 Szczecin, ul. Golisza 10** protestu z dnia **7 maja 2010 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Status Sp. z o.o., 70-010 Szczecin, ul. Szczawiowa 54** oraz **Status Dom Sp. z o.o., 70-470 Szczecin, Al. Wojska Polskiego 13A**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** 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 uiszczanego przez **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 343 zł 44 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści trzy złote czterdzieści cztery groszy) przez **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** na rzecz **Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 71-682 Szczecin, ul. Golisza 10** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu na rozprawę;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ERBUD S.A., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Szczecinie w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę zaplecza technicznego dla ZWiK Sp. z o.o. na terenie działki 1/5 i 8/16 przy ul. Golisza w Szczecinie* (numer postępowania ZWiK/90/09), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2009 r., S 247, poz. 354761, wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy: Status Sp. z o.o. i Status Dom Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Status), jak również zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, w dniu 7 maja 2010 r. protest wniósł wykonawca – ERBUD S.A. (dalej odwołujący) Zamawiający oddalił protest w dniu 17 maja 2010 r., a od tego rozstrzygnięcia w dniu 27 maja 2010 r. wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię zamawiającemu. O czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy zostali poinformowani w dniu 28 kwietnia 2010r.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty podniesione w proteście naruszenia przez zamawiającego art. 24 ustawy w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ten sposób, że nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków oraz nie wniósł wadium, a także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy na skutek zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Status – wybranej jako najkorzystniejsza. Odwołujący wniósł o

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne dokonanie badania i oceny ofert, wykluczenie z postępowania konsorcjum Status i odrzucenie tej oferty i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Na rozprawie odwołujący ograniczył zarzuty podniesione w odwołaniu do zarzutu dotyczącego wadliwości gwarancji wadialnej oraz braku złożenia kosztorysu podpisanego przez osobę uprawnioną do reprezentowania konsorcjum. W pozostałym zakresie odwołujący wycofał się z podtrzymywania zarzutów zawartych w odwołaniu.

W odniesieniu do podtrzymanych zarzutów, odwołujący zakwestionował prawidłowość gwarancji wadialnej, w której gwarant zobowiązał się wypłacić określoną kwotę jedynie w związku z faktem, że Status Sp. z o.o. przedłożyła ofertę na budowę zaplecza technicznego dla ZWiK Sp. z o.o. Tymczasem Status Sp. z o.o. nie przedłożyła żadnej oferty, ofertę przedłożyli wspólnie dwaj wykonawcy. Niezależnie od treści gwarancji, odwołujący kwestionował możliwość uznania, iż gwarancja dotyczy oferty złożonej przez obu konsorcjantów, gdyż umowa konsorcjum przedłożona do oferty nosi datę 16 lutego 2010 r., gdy tymczasem gwarancja została wystawiona w dniu 29 stycznia 2010 r.

W zakresie drugiego zarzutu, odwołujący uznał, iż kosztorys załączony do oferty nie został podpisany przez osobę reprezentującą konsorcjum Status, co uniemożliwia uznanie tego dokumentu za złożony w imieniu podmiotu, jakim jest konsorcjum Status. Ponieważ dokument ten nie podlega uzupełnieniu, treść oferty konsorcjum Status nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi przesłankę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, gdyż wykonawca nie przedstawił zakresu przyszłego świadczenia w sposób, który byłby dla niego wiążący.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 14 czerwca 2010 r. przystąpił wykonawca – konsorcjum Status.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika, przystępujące po stronie zamawiającego konsorcjum Status.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy 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), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę doznania lub możliwości doznania przez odwołującego uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określonej w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający był zobowiązany wykluczyć z postępowania konsorcjum Status i odrzucić jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl.

Odnosnie podnoszonych okoliczności, mających uzasadniać żądanie odwołującego wykluczenia z postępowania konsorcjum Status i odrzucenia jego oferty Izba uznała, iż nie znajdują one uzasadnienia faktycznego oraz prawnego.

Izba uznała, iż złożona wraz z ofertą gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona w dniu 29.01.2010 r. przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., zabezpieczała ofertę złożoną przez konsorcjum Status w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby zarzut braku zabezpieczenia oferty wadium, złożonej przez konsorcjum Status, nie znajdował uzasadnienia. Okoliczność, iż gwarancja została wystawiona na wniosek jednego członka konsorcjum Status – Status Sp. z o.o. nie stanowi przeszkody do stwierdzenia zabezpieczenia oferty wniesionej przez konsorcjum Status, zawiązanego między innymi z podmiotem, który wystąpił o wystawienie gwarancji ubezpieczeniowej. Jak wynika z treści dokumentu, gwarancja o numerze 250001207974 z dnia 29.01.2010 r. została wystawiona w związku z ofertą przedłożoną na budowę zaplecza technicznego dla ZWiK Sp. z o.o. na terenie działki 1/5 i 8/16 w Szczecinie. Izba nie znalazła uzasadnienia dla stwierdzenia, iż sposób określenia w treści gwarancji podmiotu poprzez odwołanie się do złożonej przez niego oferty w przedmiotowym postępowaniu, zaprzecza możliwości ustalenia, iż gwarancja skutecznie zabezpiecza ofertę złożoną przez konsorcjum Status. W pełni aktualne pozostają orzeczenia KIO i sądów okręgowych, wskazujące na skuteczność zabezpieczenia oferty złożonej przez konsorcjum wadium wystawionym nie na wszystkich członków konsorcjum. Izba nie znalazła również uzasadnienia dla odmowy przyjęcia za skuteczne wadium wystawionego w dacie poprzedzającej zawarcie umowy konsorcjum. W

okolicznościach rozpoznawanej sprawy umowa konsorcjum, załączona do oferty, zawarta została pomiędzy stronami zawiązującymi konsorcjum w celu wspólnego przystąpienia do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 16 lutego 2010r. Okoliczność ta nie wyklucza podejmowania w imieniu konsorcjum wcześniejszych czynności związanych z przygotowaniem oferty, a więc również uzyskaniem wadium niezbędnego do jej zabezpieczenia. Nie można utożsamiać działań poprzedzających przystąpienie do postępowania przetargowego z działaniami członków konsorcjum podejmowanymi już w toku postępowania, po złożeniu oferty. Izba w całości podziela pogląd zaprezentowany przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20.05.2008 r., sygn. akt V Ca 903/2008, z którego wynika, iż w sytuacji kiedy treść dołączonego do oferty dokumentu nie wzbudza wątpliwości, iż dotyczy konkretnego wspólnego przedsięwzięcia, to nie ma podstaw by zakładać, że którykolwiek z członków konsorcjum działał wbrew woli, czy wiedzy innego. Ważność i skuteczność czynności o charakterze prawnym, jak np. uzyskanie gwarancji bankowej należy oceniać przez pryzmat stosunku prawnego łączącego jeszcze tylko potencjalnych oferentów. Można przyjąć, że ewentualne ryzyko związane z nieprawidłowościami, które mogą dotyczyć takich umów obciąża w całości członków konsorcjum. Odmowa zawarcia umowy przez któregokolwiek z członków konsorcjum jest tożsama z odmową zawarcia umowy przez konsorcjum. Z treści umowy konsorcjum załączonej do ofert wynika umocowanie lidera konsorcjum – Status Sp. z o.o. do zawarcia umowy wadialnej gwarancji bankowej albo ubezpieczeniowej (§ 4).

W tych okolicznościach Izba oddaliła zarzut braku zabezpieczenia oferty wadium.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Status na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl z uwagi na brak kosztorysu ofertowego sporządzonego przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu konsorcjum Status, Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż strony od 118 do 316 oferty zawierają kosztorys ofertowy opatrzony podpisem osoby sporządzającej ten dokument na cele przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od podpisu osoby, która opracowała kosztorys, każda strona została opatrzona parafką w dolnym prawym rogu. W oparciu o pozostałe dokumenty złożone w ofercie, jak również uzupełniane na wezwanie zamawiającego, można stwierdzić, iż jest to parafka tej samej osoby, która przygotowała i złożyła ofertę w imieniu konsorcjum Status – Prezesa Zarządu Status Sp. z o.o. Pana Romana Kr.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie w części zarzutów podlegających rozpoznaniu podlega oddaleniu i orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223,

poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz jego dojazdu na rozprawę (na podstawie przedłożonych przed zamknięciem rozprawy rachunków), Izba obciążyła odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....