

Sygn. akt KIO 2016/10

WYROK
z dnia 28 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fraikin Polska Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7** od czynności zamawiającego, którym jest **Poczta Polska S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Poczta Polska S.A., Centrum Infrastruktury, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ING Lease Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: 00-499 Warszawa, Pl. Trzech Krzyży 10/14) oraz Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Poczta Polska S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez **Fraikin Polska Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Pocztę Polską S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** na rzecz **Fraikin Polska Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. Poczta Polska S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26, w imieniu którego postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A., Centrum Infrastruktury, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „dostawa taboru samochodowego w drodze leasingu”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 17.07.2010 r., poz. 2010/S 137-210663 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 17.09.2010 r. Fraikin Polska Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Taśmowa 7 (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 i w zw. z art. 23 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie sprzecznych z Prawem zamówień publicznych ofert: 1) konsorcjum w składzie: ING Lease Polska Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. oraz 2) konsorcjum w składzie: BRE Leasing Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o., bowiem członkiem obu ww. konsorcjów jest Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. i co za tym idzie ww. wykonawca złożył dwie oferty w postępowaniu;
- 2) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający możliwość zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji;
- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie ofert: 1) konsorcjum w składzie: ING Lease Polska Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. oraz 2) konsorcjum w składzie: BRE Leasing Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. pomimo, iż ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (w zakresie braku pełnego wykazu adresów punktów serwisowych oraz określenia rodzaju dachu izolowanego termicznie).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dn. 20 września 2010 r. przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ING Lease Polska Sp. z o.o. oraz Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. (dalej: Przystępujący).

Na rozprawie Zamawiający wniósł do protokołu odpowiedź na odwołanie – nie zgodził się z argumentacją Odwołującego w zakresie odrzucenia obu ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. ING Lease Polska

Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. oraz BRE Leasing Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. (dalej: Konsorcja).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, i na ocenę tego interesu nie wpływa okoliczność, że zaproponowana przez niego cena przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia (Zamawiający bowiem może zwiększyć ilość środków).

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego złożono trzy oferty (kopie ofert w aktach sprawy); oferta Odwołującego była trzecia w rankingu cenowym, dwie pozostałe oferty złożone zostały przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ING Lease Polska Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. (oferta najtańsza – pierwsza w rankingu cenowym) oraz BRE Leasing Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. (druga oferta w rankingu cenowym).

2. Obie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ING Lease Polska Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. oraz BRE Leasing Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. były identyczne pod względem zaoferowanego przedmiotu zamówienia (w zakresie taboru samochodowego), w obu ofertach popełniono te same uchybienia co do zgodności treści ofert z treścią SIWZ. Oba Konsorcja Zamawiający wezwał m. in. do złożenia wykazów punktów serwisowych i oba Konsorcja w odpowiedzi na wezwanie przedłożyły identyczne wykazy „Autoryzowanych stacji obsługi Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o.” (oryginały wezwań i odpowiedzi obu Konsorcjów Zamawiający okazał na rozprawie, kopie w aktach sprawy).

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie było podstaw do odrzucenia ofert obu Konsorcjów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (sam Odwołujący oświadczył na rozprawie, że w zakresie braku wykazu punktów serwisowych zarzutu w ogóle by nie podnosił, gdyby znał w całości dokumentację postępowania; podanie rodzaju dachu miało w ofercie charakter wyłącznie informacyjny, skoro w SIWZ nie wymagano określonego „rodzaju” dachu). Natomiast Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego, iż złożenie dwóch ofert w postępowaniu przez dwa różne Konsorcja, w których uczestniczy ten sam wykonawca, jest naruszeniem art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (wykonawca może złożyć jedną ofertę), a zatem złożenie

dwóch ofert przez tego samego wykonawcę skutkuje ich odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Między Stronami toczył się spór, czy rzeczywiście dwie oferty złożył uczestnik obu Konsorcjów – wykonawca Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. (tak twierdził Odwołujący), czy zostały złożone dwie różne oferty przez dwa różne Konsorcja, w których wykonawca Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. jedynie uczestniczył (tak twierdził Zamawiający i Przystępujący). Przystępujący nawet wskazywał, że Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. nie jest w rzeczywistości wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, ale jego udział ma w złożeniu oferty charakter podwykonawstwa.

W ocenie Izby wobec treści oferty Przystępującego, wykonawcy Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. nie można uznać za podwykonawcę przyszłej umowy, ale za jednego z wykonawców, po zawarciu umowy odpowiadającego solidarnie za jej wykonanie (art. 141 Prawa zamówień publicznych). Zresztą sam Przystępujący w treści zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przedstawia się jako „Konsorcjum”. Na podstawie obecnie obowiązujących przepisów istnieje możliwość złożenia samodzielnie oferty, a posługiwania się zasobami osoby trzeciej (art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych), jednak konstrukcja oferty złożonej wspólnie przez Przystępującego - ING Lease Polska Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o. (a także oferta złożona przez BRE Leasing Sp. z o.o. i Man Truck & Bus Polska Sp. z o.o.) nie opiera się na wykorzystaniu zasobów osoby trzeciej, ale na wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i korzystaniu z wspólnego potencjału.

Rację ma Odwołujący, iż nie istnieje podmiot o nazwie „Konsorcjum”; wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia na podstawie umowy nienazwanej, podobnej do spółki cywilnej (wspólnym celem gospodarczym jest uzyskanie zamówienia i realizacja umowy, po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie).

Odwołujący dla poparcia swojego stanowiska trafnie powołuje się na orzecznictwo (KIO/UZP 853/08) oraz literaturę i Izba w pełni podziela poglądy prezentowane tamże. I tak, „Złożenie większej liczby ofert przez tego samego wykonawcę będzie skutkowało koniecznością odrzucenia przez zamawiającego wszystkich z nich jako niezgodnych z ustawą, gdyż złożenie każdej będzie złamaniem przepisu art. 82 ust. 1 [Prawa zamówień publicznych]. Orzecznictwo krajowe wskazuje również na obowiązek odrzucenia ofert, w których ten sam podmiot jest jednym z wykonawców składających ofertę wspólną albo gdy podmiot składa jedną z ofert samodzielnie, a kolejną wraz z innymi wykonawcami.” (Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 82 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.)

Komentator zauważa, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości przesunął dalej granice dopuszczalności ubiegania się o zamówienia przez wykonawców składających ofertę wspólną, bowiem w wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r., C-376/08, *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano*, LEX nr 532680, wskazał, iż dopuszczalna jest sytuacja, w której jedna z ofert została złożona przez konsorcjum z udziałem danego podmiotu, a druga samodzielnie przez ten podmiot, jednak w ocenie Komentatora „wyroku ETS nie można wprost przenosić na polski system prawny, gdyż odnosił się do sytuacji, w której konsorcjum działało w imieniu własnym, a nie swoich członków. Jego konstrukcja prawna bardziej zdaje się przypominać podmiot praw i obowiązków z kilkoma udziałowcami, niż wspólne ubieganie się o zamówienie przez grupę odrębnych podmiotów.” (j.w.)

Na gruncie polskiego prawa nie istnieje byt prawny o nazwie „Konsorcjum”, każdy z wykonawców składając ofertę wspólnie z innymi wykonawcami zaciąga zobowiązanie w imieniu własnym, a nie w imieniu „Konsorcjum”. Pojęcia tego (nieznanego Prawu zamówień publicznych) używa się – jak w niniejszym uzasadnieniu – w celu uproszczenia postępowania się pojęciem „wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”, i zawsze należy mieć na uwadze, że jest to skrót myślowy, a nie odrębna instytucja.

Wydaje się, że Zamawiający (i Przystępujący) z normy określonej w art. 23 ust 3 Prawa zamówień publicznych wyciąga zbyt dalekie wnioski, stwierdzając, że wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy traktować jak jednego wykonawcę. Zgodnie z art. 23 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio – przepis ten nie nadaje Konsorcjum żadnej podmiotowości; Konsorcjum, podobnie jak spółka cywilna istnieje wyłącznie jako stosunek zobowiązaniowy.

W konsekwencji, wykonawca nie może złożyć w jednym postępowaniu dwóch ofert występując jako uczestnik dwóch (albo więcej) Konsorcjów. Złożenie takiej oferty jest niedopuszczalne na podstawie art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zatem obie oferty należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Akceptacja przez Zamawiającego sytuacji zakwestionowanej zarzutami podniesionymi w odwołaniu może prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a także może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, natomiast stwierdzono naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....