

Sygn. akt: KIO 1671/11

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: KC Consulting Jerzy Wawryszczuk, Arcus S.A., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - ENEA Operator Sp. z o. o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: KC Consulting Jerzy Wawryszczuk, Arcus S.A., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: KC Consulting Jerzy Wawryszczuk, Arcus S.A., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: KC Consulting Jerzy Wawryszczuk, Arcus S.A., z

adresem dla lidera konsorcjum: ul. Piątkowska 116B/1, 60-649 Poznań, na rzecz Zamawiającego - ENEA Operator Sp. z o. o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań, kwotę **4.259 zł 66 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Dostawę systemu do wydruków wraz z urządzeniami do drukowania oraz ich obsługą serwisową”. Wnoszący odwołanie wykonawca [Odwołujący] - Konsorcjum firm: KC Consulting Jerzy Wawryszczuk - Pełnomocnik Konsorcjum z Poznania oraz Arcus S.A z Warszawy zarzucił Zamawiającemu - ENEA Operator Sp. z o.o. Biuro Zamówień i Zakupów z Poznania naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) oraz przepisów kodeksu cywilnego: (1) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust 1 kodeksu cywilnego poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że została złożona przez Wykonawcę zaproszonego do udziału w Postępowaniu i niepodlegającego wykluczeniu z postępowania; (2) art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty;(3) art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty wstępnej w zakresie pełnej nazwy Wykonawcy składającego ofertę; oraz (4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku odrzuceniem oferty Odwołującego z postępowania. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1)uwzględnienia odwołania; (2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu; oraz (3)poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. W uzasadnieniu wykonawca wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem i pismem z dnia 28 czerwca 2011 r. zaprosił Wykonawcę do złożenia oferty wstępnej. W dniu 13 lipca 2011 r., zgodnie z udzielonym pełnomocnictwem, które zostało załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący złożył ofertę wstępną. W dniu 27 lipca 2011 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. W zakresie oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż „W przedmiotowym postępowaniu przymiot wykonawcy uzyskał nie p. Jerzy Wawryszczuk, ale wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 PZ, tj. p. Jerzy Wawryszczuk oraz Arcus S.A.". Zdaniem wykonawcy czynność ta jest sprzeczna z art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający błędnie uznał bowiem, że oferta wstępna została wniesiona przez podmiot niezaproszony do składania oferty, podczas gdy wniesiona została przez pełnomocnika działającego w imieniu Odwołującego. Wskazał także, że Odwołujący, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dołączył umowę Konsorcjum - ARCUS S.A. oraz KC Consulting Jerzy

Wawryszczuk z której wyraźnie wynika (pkt i Preambuły), że Konsorcjum zostało stworzone w celu wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto w art. 2 umowy wskazano, iż „Strony oświadczają, że celem Konsorcjum jest wspólne uczestnictwo w Przetargu, a w szczególności przygotowanie i złożenie Oferty, a w przypadku wygrania Przetargu - zawarcie Kontraktu i jego wykonanie.” W umowie konsorcjum w art. 3 pkt 2 wskazano również, iż Strony ustanawiają pełnomocnika do ich reprezentowania, którym w myśl art. 4 pkt 1 jest KC Consulting Jerzy Wawryszczuk. Co więcej art. 9 ust 1 stanowi, że (...) „Umowa wchodzi w życie z dniem podpisania i obowiązuje Strony aż do wykonania wszelkich praw i obowiązków z niej wynikających, chyba, że prawa te lub obowiązki staną się bezprzedmiotowe. W szczególności Umowa niniejsza obowiązuje przez okres realizacji przedmiotu zamówienia określonego w Kontrakcie, wliczając w to czas trwania uprawnień wynikających z gwarancji i/lub rękojmi przysługujących Zamawiającemu.” Natomiast prawo rozwiązania przez Strony w terminie wcześniejszym niż wskazany powyżej zostało przewidziane jedynie w wypadku niedopuszczenia Konsorcjum do udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Z całości przedłożonej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu dokumentacji wynika więc jasno jaki jest skład podmiotowy Konsorcjum i jaki podmiot był uprawniony do złożenia oferty. Zamawiający winien więc zdawać sobie sprawę z tego, iż w dniu składania oferty wstępnej ARCUS S.A. oraz KC Konsulting Jerzy Wawryszczuk wiązała umowa konsorcjum, zgodnie z którą, Pan Jerzy Wawryszczuk był uprawniony do wniesienia oferty wstępnej w imieniu członków konsorcjum. W załączonym do wniosku pełnomocnictwie wskazano wprost, iż KC Consulting Jerzy Wawryszczuk jest umocowany do podpisania i złożenia w imieniu Wykonawcy oferty wraz z załącznikami. Należy w szczególności zauważyć, iż pełnomocnik Konsorcjum składając ofertę wstępną w przedmiotowym postępowaniu działał w granicach swojego umocowania, natomiast w związku ze znaną Zamawiającemu treścią umowy Konsorcjum, niemożliwe było złożenie oferty wstępnej w przedmiotowym postępowaniu przez KC Consulting Jerzy Wawryszczuk we własnym imieniu. W szczególności – zdaniem wykonawcy - nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 26 lipca 2011 r. jakoby z treści dokumentów wchodzących w skład oferty nie wynikało, iż jest to oferta wspólna. Oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem powinna być oceniana łącznie z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Treść oferty należy bowiem tłumaczyć z uwzględnieniem okoliczności, w których została złożona (art. 65 Kc w zw. z art. 14 Pzp). Zgodnie ze wskazanymi przepisami prawa oświadczenie woli jakim jest również oferta powinno być traktowane jako całość wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu wszystkich złożonych przez Wykonawcę dokumentów. Odwołujący podkreślił także, że brak wpisania nazwy Arcus S.A. w formularzu oferty wynikał tylko i wyłącznie ze zwykłej omyłki Pełnomocnika, a po stronie Wykonawcy nie nastąpiła żadna zmiana podmiotowa. Zamawiający powinien być w takiej sytuacji skorzystać z możliwości poprawienia takiej omyłki w trybie 87 ust. 2 pkt 3). Słusznie bowiem wskazał Zamawiający, iż w postępowaniach

wieloetapowych niedopuszczalna jest zmiana składu grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Nie można jednak nie zauważyć, że w przedmiotowym stanie faktycznym brak wpisania Arcus S.A. w odpowiednim miejscu w formularzu powinien być oceniony, jako omyłka, zaś w przypadku gdyby okazało się, że faktycznie nastąpiła zmiana po stronie podmiotowej wykonawcy, nie wyraziłby on zgody na poprawienie omyłki, w związku, z czym zaistniałaby podstawa do odrzucenia Wykonawcy. Zamawiający miał także możliwość wezwania wykonawcy w trybie art. 87 ust 1 do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie pełnej nazwy Wykonawcy, zaniechał on jednak podjęcia jakichkolwiek czynności zmierzających do wyjaśnienia przedmiotowej sytuacji uznając bezpodstawnie, że oferta została złożona przez podmiot nieuprawniony. Podał także, że w przedmiotowej sytuacji nie nastąpiła żadna zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy a ofertę złożył podmiot uprawniony w imieniu Konsorcjum do dokonania takiej czynności, zgodnie z umową konsorcjum oraz pełnomocnictwem załączonymi do wniosku. W konsekwencji czynność odrzucenia oferty Odwołującego stanowiła naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko, bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 65 ust 1 kodeksu cywilnego z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum firm: KC Consulting Jerzy Wawryszczuk z Poznania – członek i pełnomocnik Konsorcjum oraz ARCUS SA z Warszawy – członek Konsorcjum [dalej także Konsorcjum]. Izba stwierdziła także, że wniosek ten został podpisany przez Pełnomocnika Konsorcjum - KC Consulting Jerzy Wawryszczuk z Poznania. Do tego wniosku została załączona umowa Konsorcjum wraz z pełnomocnictwem [załącznik nr 2], definiującym pojęcie Wykonawcy. Zgodnie z tym pełnomocnictwem ARCUS SA. z Warszawy oraz KC Consulting Jerzy Wawryszczuk z Poznania zwani są łącznie „Wykonawcą” oraz ustanawiają KC Consulting Jerzy Wawryszczuk pełnomocnikiem uprawnionym m.in. do podpisania i złożenia w imieniu wykonawcy oferty. Zaproszenie do złożenia oferty zostało skierowane do wykonawcy oznaczonego jako: Konsorcjum KC Consulting Jerzy Wawryszczuk Poznań – lider, ARCUS SA. z siedzibą pod adresem ul. Piątkowska 112c /4, 60-649 Poznań. Z kolei oferta wstępna została złożona przez wykonawcę - KC Consulting Jerzy Wawryszczuk z siedzibą pod adresem ul. Piątkowska 112B

/1, 60-649 Poznań. Izba ustaliła także, że zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp wnoszący odwołanie oparł na niezastosowaniu przez Zamawiającego procedury określonej w art. 87 ust. 1 oraz w art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W toku rozprawy Odwołujący powołał się także na wyrok KIO z dnia 17 maja 2011 r. sygn. akt: KIO 963/11 i KIO 967/11, w którym to wyroku – zdaniem wykonawcy - Izba dopuściła możliwość składania [podpisywania] oświadczeń woli, w tym oferty także wstępnej przez KC Consulting Jerzy Wawryszczuk - w zastępstwie członków Konsorcjum, jako jego członek i jednocześnie, jako pełnomocnik Konsorcjum.

Rozpoznając w pierwszej kolejności zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że podnoszone zarzuty nie mogą być uwzględnione. Niniejsze postępowanie o zamówienie publiczne, w którym wniesiono odwołanie jest prowadzone bowiem w trybie negocjacji z ogłoszeniem, a zatem do tego postępowania ma zastosowanie art. 57 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem – zdanie drugie - do oferty wstępnej stosuje się odpowiednio tylko i wyłącznie przepisy art. 82-84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2-4. Tym samym nie można skutecznie podnosić zarzutu braku zastosowania przy ocenie oferty wstępnej art. 87 ust.1 oraz art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem procedury określone w tych przepisach - jak wynika ze wskazanego art. 57 ust.2 ustawy Pzp mogą mieć zastosowanie do oferty definitywnej – ostatecznej tzn. oferty, która w wyniku oceny może być wybrana jako najkorzystniejsza. Na taką interpretację wskazuje także brak powołania we wskazanym art.57 ust. 2 ustawy Pzp przepisu art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, który odnosi się do oferty tego wykonawcy, który nie wyraża zgody na poprawienie oczywistej omyłki w trybie określonym powoływanym art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazywany na rozprawie przez Odwołującego przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp ma oczywiście zastosowanie także przy ocenie ofert wstępnych. Wynika to bowiem wprost z art. 57 ust.2 zdanie drugie ustawy Pzp. Jednakże Izba podkreśla, że podstawą odrzucenia oferty wstępnej w niniejszej sprawie była przesłanka określona w art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający uznał, iż ofertę złożył podmiot niezaproшений do składania oferty wstępnej.

Izba uznała także, że Odwołujący powołując się na wyrok KIO – sygn. akt: KIO 963/11 i KIO 967/11 nie wskazał, które twierdzenie KIO zawarte w tym wyroku [sentencji lub w jego uzasadnieniu] pozwalało KC Consulting Jerzy Wawryszczuk z Poznania – jako Pełnomocnikowi Konsorcjum na umieszczenie nazwy jego firmy w miejscu przewidzianym dla wykonawcy, bez zaznaczenia, że w tym przypadku oferta wstępna składana jest w imieniu Konsorcjum przez jego Pełnomocnika. Izba zwraca także uwagę na inne - niż we wniosku oraz w pismach kierowanych na etapie składania oferty wstępnej do Pełnomocnika Konsorcjum przez Zamawiającego, które były podpisywane przez KC Consulting Jerzy Wawryszczuk z Poznania - oznaczenie adresu w ofercie wstępnej oraz w piśmie przewodnim, która to zmiana nie została zaznaczona w dokumentach przez składającego ofertę wstępną. Wyjaśnienie tej okoliczności nastąpiło dopiero na etapie wniesienia odwołania. Izba

stwierdza także, że zarówno formularz oferty wstępnej jak również załączniki do oferty wstępnej w żaden sposób nie wskazują, że składającym ofertę wstępną jest wykonawca zaproszony do złożenia tej oferty. Ta okoliczność nie wynika również z pisma przewodniego na które w toku rozprawy powoływał się Odwołujący. Ogólne stwierdzenia w liczbie mnogiej – w piśmie przewodnim jak i na formularzu oferty wstępnej - nie mogą w tym stanie faktycznym stanowić dowodu – nawet pośredniego - na okoliczność, iż składającym ofertę wstępną w imieniu Konsorcjum jest ustanowiony Pełnomocnik. Izba zauważa także, że w powołanym wyroku z dnia 17 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Konsorcjum [KC Consulting Jerzy Wawryszczuk z Poznania – jako członek i Pełnomocnik Konsorcjum oraz ARCUS SA z Warszawy jako członek Konsorcjum], przede wszystkim zwróciła uwagę na prawidłowe oznaczenie wykonawcy w formularzu wniosku [tu cytat: str 20 (...) *Pierwsza rubryka wzoru wniosku opatrzona opisem WYKONAWCA (pełna nazwa)* została wypełniona w następujący sposób: *Konsorcjum Firm: Arcus S.A. – Członek Konsorcjum, KC Consulting Jerzy Wawryszczuk – Członek i Pełnomocnik Konsorcjum*]. W ofercie wstępnej analogiczna rubryka dla wykonawcy – podmiotu uprawnionego do złożenia oferty wstępnej – nie została oznaczona tak jak we wniosku, lub chociażby – jak już wskazywano - poprzez wskazanie roli podpisującego tę ofertę KC Consulting Jerzy Wawryszczuk jako Pełnomocnika Konsorcjum. Zatem do oferty wstępnej nie można zastosować analogii z wniosku, o którym rozstrzygała KIO w powołanym wyroku z dnia 17.05.2011 r., albowiem z tego wniosku bezspornie wynikał status pełnomocnika - KC Consulting Jerzy Wawryszczuk, podpisującego wniosek oraz oświadczenia, będącego jednocześnie członkiem Konsorcjum. Tym samym brak jest podstaw do powoływania się przez Konsorcjum w odwołaniu na przepis art. 65 Kc, albowiem zgodnie z orzecznictwem oraz doktryną nie podlega wykładni oświadczenie woli, gdy oświadczenie nie wyraża woli w sposób przesądzający, opierając się na konstrukcji stanowiska składającego oświadczenie – tak jak w tym przypadku – w trybie przypuszczającym. W praktyce bowiem możliwe wydaje się być domniemanie, że z jakiś powodów członek konsorcjum korzystając z uprzywilejowanej pozycji pełnomocnika chciałby samodzielnie ubiegać się o dane zamówienie, uznając, że takie działanie na dalszym etapie postępowania jest możliwe, bądź nie zostanie ujawnione.

Mając powyższe ustalenia na względzie Izba stwierdziła, że tym samym także zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp podlega oddaleniu, albowiem Odwołujący w żaden sposób – zgodnie z dyrektywą zawartą w art. 190 ust.1 ustawy Pzp nie wskazał dowodów dla stwierdzenia faktów z których wywodziłby skutki prawne tj. nie udowodnił – nie tylko poprzez składanie oświadczeń w odwołaniu i w toku rozprawy – że składającym ofertę wstępną jest zaproszone Konsorcjum, albowiem z treści tej oferty i załączonych do niej dokumentów - co wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 26 lipca 2011 r.- nie wynikało, iż jest to oferta wspólna wykonawców [Konsorcjum] składana przez ustanowionego Pełnomocnika Konsorcjum. Tym samym – w ustalonych okolicznościach - czynność odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego nie stanowiła naruszenia zasady równego traktowania

wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający w ocenie Izby, w związku z art. 57 ust.2 ustawy Pzp, prawidłowo zastosował przepisy ustawy Pzp.

Mając powyższe ustalenia na uwadze - na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 1 ustawy Pzp - orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b) rozporządzenia z dnia 15.03.2010 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) koszty Zamawiającego związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

.....

