

Sygn. akt KIO/UZP 1099/09

WYROK
z dnia 7 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman

Marek Koleśnikow

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum "Michalski": Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp. j. Tadeusz i Artur Michalski, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o.o., Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Sława, 67-410 Sława, ul. H. Pobożnego 10** protestu z dnia 20 lipca 2009 r.¹

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "SAN-BUD" Sp. z o.o. (lider), Wojciech Pawlik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "SAN-BUD", 65-140 Zielona Góra, ul. Wyczółkowskiego 2**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Konsorcjum "Michalski": Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp. j. Tadeusz i Artur Michalski, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o.o., Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą

pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25 oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Sława, 67-410 Sława, ul. H. Pobożnego 10** 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 uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum "Michalski": Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp. j. Tadeusz i Artur Michalski, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o.o., Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Urząd Miejski w Sławie, 67-410 Sława, ul. H. Pobożnego 10** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum "Michalski": Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp. j. Tadeusz i Artur Michalski, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o.o., Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum "Michalski": Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp. j. Tadeusz i Artur Michalski, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o.o., Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Sława - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa i modernizacja obiektów turystycznych w Gminie Sława.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 90117-2009 z dnia 8 czerwca 2009 r.

W dniu 13 lipca 2009 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Spółka Jawna Tadeusz i Artur Michalski z siedzibą w Lesznie, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o. o. z siedzibą w Lesznie oraz Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa Jacek Malepszy z siedzibą w Lesznie (dalej również: Konsorcjum "Michalski").

Czynność odrzucenia oferty stała się przedmiotem odwołania poprzedzonego protestem wniesionego przez Konsorcjum "Michalski". Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art.7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej również: Pzp).

Odwołujący się podniósł, że naruszenie przepisów przez zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania, gdyż odwołujący się złożył ofertę zawierającą najniższą cenę i powinien uzyskać zamówienie. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał, że podpis złożony pod oświadczeniem zawierającym ofertę pochodzi od osoby uprawnionej. Podniósł, że do oferty załączone zostało pełnomocnictwo wymagane przez art. 23 ust. 2 Pzp i z jego treści wynika, jakie podmioty są uczestnikami Konsorcjum „Michalski”. Powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 18 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 918/08, z dnia 28 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 117/07 oraz wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu w wyroku z dnia 29 marca 2007 r. sygn. akt X Ga 65/06. Odwołujący się wskazał, że do oferty załączone zostało oświadczenie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wskazany został również lider Konsorcjum „Michalski” i wywiódł, że brak danych dotyczących wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum na formularzu oferty, nie czyni tej oferty nieważną, a jedynie może świadczyć o brakach formalnych, które nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w dniu 20 lipca 2009r. pismem z tej samej daty (presentata zamawiającego), odwołanie w dniu 31 lipca 2009r. (pismo z tej samej daty) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 27 lipca 2009 r. przekazany za pośrednictwem faxu odrzucił protest. W uzasadnieniu wskazał, że protest i ofertę złożyły inne Konsorcja, posługujące się tą samą nazwą wspólna. Podniósł, że protest nie został wniesiony przez uczestnika postępowania, a składający protest nie jest prawidłowo umocowany, gdyż jego pełnomocnictwo upoważnia go do działania w imieniu innego składu wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie. Zamawiający ocenił, że brak prawidłowego umocowania powoduje, iż w związku z art. 104 k. c. zarówno oferta, jak i protest zostały wniesione przez osoby nieupoważnione i tym samym są nieważne.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno – Budowlanych „San – Bud” Sp. z o. o. Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "SAN-BUD" W. Pawlik z siedzibą w Zielonej Górze przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazując na swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia wywiódł, że zamawiający musi wiedzieć jednoznacznie, jaki jest skład konsorcjum będącego wykonawcą, gdyż tylko wówczas może ocenić spełnianie przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Podniósł, że zasadnicze znaczenie ma treść formularza ofertowego, w którym wykonawca artykułuje (uzewnętrznia) swoją ofertą skierowaną do zamawiającego, gdyż jeśli treść oferty nie jest skorelowana z treścią załączników do oferty (jak w ofercie odwołującego się), decydować powinna treść oferty (formularza ofertowego). Przystępujący wskazał, że zmiany w składzie konsorcjum po terminie składania ofert nie są dopuszczalne. Ocenił, że sprzeczność stwierdzona w ofercie odwołującego się nie ma charakteru omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż brak podania nazwy członka konsorcjum w ofercie nie jest brakiem formalnym oferty, ale błędem dotyczącym jej treści. Przystępujący podniósł ponadto, że odwołujący się nie wniósł wadium, gdyż wadium w formie gwarancji wniósł Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa Jacek Malepszy nie wchodzący w skład konsorcjum.

Izba ustaliła, co następuje:

Formularz Nr 1 – oferta na wykonanie zamówienia, w pkt 1 wskazuje, jako wykonawców składających ofertę: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Spółka Jawna Tadeusz i Artur Michalski z siedzibą w Lesznie, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o. o. z siedzibą w Lesznie. Formularz Nr 1 został podpisany przez Pana Mariusza Kryga (k. 141).

Do oferty zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 26 czerwca 2009 r. (k. 143) w którym wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Spółka Jawna Tadeusz i Artur Michalski z siedzibą w Lesznie, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o. o. z siedzibą w Lesznie oraz Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa Jacek Malepszy z siedzibą w Lesznie, tworzący Konsorcjum „Michalski”, dla celów uzyskania niniejszego zamówienia udzielają pełnomocnictwa Mariuszowi Krygowi do reprezentowania konsorcjum w zakresie:

1. przygotowania, złożenia i podpisania oferty,
2. składania wniosków, oświadczeń i wyjaśnień;
3. składania protestów, odwołań i reprezentowania przed Krajową Izbą Odwoławczą;
4. podpisania umowy.

Ustanowiony pełnomocnik złożył w imieniu wykonawców oświadczenia o wypełnieniu warunków art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych (Formularz 3, k. 144) oraz oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o przyznanie zamówienia – wymieniające w sposób prawidłowy trzech wykonawców (Formularz nr 7, k. 174).

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Spółka Jawna Tadeusz i Artur Michalski, Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o. o. oraz Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa Jacek Malepszy złożyli odrębnie:

- oświadczenie w trybie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (k. 145 - 147);
- odpisy z KRS oraz wyciąg z rejestru (k. 148 – 154);
- zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości (k. 155 – 157);
- zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek (k. 158 -160);
- dokumenty potwierdzające sytuację finansową (k. 161 – 163),
- referencje (k.170 - 172)

Forma składania przywołanych dokumentów odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w siwz.

W ofercie znajduje się dokument wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 29 czerwca 2009 r. , które wniósł Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod

nazwą Firma Usługowo - Handlowa Jacek Malepszy z siedzibą w Lesznie (k. 142). Jako beneficjent gwarancji wskazany został zamawiający. § 1 ust. 2 dokumentu gwarancji stanowi, że gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami siwz w przetargu na „Budowa i modernizacja obiektów turystycznych w Gminie Sława” ogłoszonym przez Beneficjenta.

Odwołujący się zaoferował najniższą cenę za wykonanie zamówienia – 2.110.524,26zł (k. 60)

Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert (pkt 16.4, str 13 siwz, k.201).

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania protokołu o udzielenie zamówienia z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty odwołującego się oraz z uwzględnieniem stanowisk pełnomocników.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania, wobec ustalonego w siwz kryterium oceny ofert wyłącznie na podstawie ceny, da odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Doktryna i orzecznictwo wiążą zastosowanie przywołanej normy przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności.

Kwestię do rozstrzygnięcia stanowi, czy w skład Konsorcjum „Michalski” wchodzi Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa Jacek Malepszy z siedzibą w Lesznie oraz czy pominięcie w treści formularza oferty wskazanego wykonawcy, skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp.

Jacek Malepszy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa Jacek Malepszy z siedzibą w Lesznie jest członkiem Konsorcjum „Michalski”. Swoją wolę wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wyraził w sposób nie budzący wątpliwości udzielając pełnomocnictwa Panu Mariuszowi K. i składając wspólnie z pozostałymi członkami Konsorcjum wymagane przez zamawiającego dokumenty oraz wnosząc wadium.

W okolicznościach sporu uchybienie polegające na braku wskazania przedsiębiorcy w Formularzu nr 1 uznać należy, za oczywistą omyłkę pisarską podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Pominięcie w przywołanym formularzu Jacka Malepszy

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa Jacek Malepszy jest bezsporne i niebudzące wątpliwości. Poza pozostałymi dwoma podmiotami tworzącymi Konsorcjum „Michalski”, tylko ten wykonawca złożył oświadczenie i dokumenty wymagane przez zamawiającego. Omyłka jest możliwa do skorygowania bez prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień, gdyż istnieje oczywisty i jedyny możliwy sposób jej usunięcia przez wpisanie nazwy przedsiębiorcy oraz danych adresowych, które zamieszczone są w innych dokumentach złożonych w postępowaniu.

W ocenie Izby dopuszczalne jest również usunięcie powstałego uchybienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazanie w formularzu oferty wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest omyłką polegającą na niezgodności oferty z siwz, nie stanowiącą treści oferty.

Treść oferty, zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów to świadczenie wykonawcy odnoszące się do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Wskazanie w formularzu przedsiębiorcy nie ma wpływu na treść oferowanego świadczenia, a skoro zostały złożone dokumenty wymagane w siwz, pominięcie to nie rodzi wątpliwości, co do ustalenia kręgu wykonawców, którzy zobowiązali się wobec zamawiającego (oblata) do wykonania oferowanego świadczenia. Źródło wiedzy o składzie Konsorcjum „Michalski” stanowi nie tylko formularz oferty, ale również pozostałe złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty, w szczególności pełnomocnictwo, którego ważność nie została zakwestionowana.

Wskazać należy, że dokonanie czynności poprawienia uchybień, których dopuścił się wykonawca w razie stwierdzenia zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp jest obowiązkiem wykonawcy. Możliwość poprawienia oczywistych omyłek pisarskich oraz niezgodności oferty z siwz, nie powodujących istotnej zmiany treści oferty, stanowi instrument dany zamawiającemu przez ustawodawcę do obligatoryjnego zastosowania. Obowiązkiem zamawiającego jest wybór oferty najkorzystniejszej wg kryteriów przyjętych w siwz (art. 91 ust. 1 Pzp).

Uchybienie, którego dopuścił się odwołujący się jest błahę, o charakterze jedynie formalnym podlegające obowiązkowemu poprawieniu.

Do analogicznych wniosków prowadzi odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego, zgodnie z art. 14 Pzp. Art. 65 § 1 k.c. nakazuje uwzględnianie przy interpretacji oświadczeń woli, a więc również w odniesieniu do jednostronnych oświadczeń woli (ofert i pełnomocnictw) ze względu na okoliczności w jakich zostało złożone zasad współzycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. W okolicznościach sprawy, potwierdzone całością złożonych z ofertą dokumentów jest wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez Jacka Malepszy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-

Handlowa wspólnica z pozostałymi dwoma wykonawcami tworzącymi Konsorcjum „Michalski”/ Pełnomocnikiem wszystkich trzech wykonawców jest Pan Mariusz Kryg.

Powyższa ocena odpowiada postulatowi uwzględnienia przy interpretacji treści pełnomocnictwa innych dokumentów związanych z interpretowanym tekstem (*vide*: System prawa prywatnego, t. II, str. 78 oraz powołany tam wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.11.1997, sygn. akt I CKN 825/97).

Izba stwierdza, że ofertę w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tworzących Konsorcjum „Michalski” złożył pełnomocnik, działający w granicach umocowania określonych w pełnomocnictwie udzielonym mu stosownie do art. 23 ust. 2 Pzp. Nie zachodzi zatem przesłanka wskazana w art. 104 k.c. do którego w związku z brzmieniem art. 14 Pzp należy się odwołać przy ocenie prawidłowości czynności pełnomocnika składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie znalazła podstaw merytorycznych i formalnych do kwestionowania ważności oferty odwołującego się.

Do solidarnej odpowiedzialności z tytułu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego zobowiązali się wszyscy trzej wykonawcy tworzący Konsorcjum „Michalski” działając za pośrednictwem umocowanego do złożenia takiego oświadczenia pełnomocnika. Zatem niezależnie od faktu, że solidarna odpowiedzialność wykonawców następuje *ex lege* na podstawie art. 141 Pzp argument przystępującego jest chybiony.

Stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów, które były zawarte w proteście. Prawidłowość wniesienia wadium nie może stać się zatem przedmiotem rozpoznania, zwłaszcza że brak wniesienia wadium skutkuje wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, nie zaś odrzuceniem oferty.

Reasumując Izba stwierdza, że zamawiający dokonując jej odrzucenia oferty konsorcjum „Michalski” naruszył art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Stwierdzone naruszenie ma istotny wpływ na wynik postępowania. Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego się oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, z ograniczeniem do kwoty 3600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*