

Sygn. akt: KIO 1862/12

WYROK
z dnia 17 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2012r. przez wykonawcę **ERBUD S.A.**, Ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Uzdrowisko Krynica - Żegiestów S.A.**, ul. Nowotarskiego 9/4, 33-380 Krynica Zdrój,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J.... C..... Sp. j., Pracownia Projektowa F-11**, ul. Pułaskiego 29, 33-380 Krynica Zdrój zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: **Uzdrowisko Krynica - Żegiestów S.A.**, ul. Nowotarskiego 9/4, 33-380 Krynica Zdrój unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenie postępowania w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny złożonych ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **Uzdrowisko Krynica - Żegiestów S.A.**, ul. Nowotarskiego 9/4, 33-380 Krynica Zdrój i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ERBUD S.A.**, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Zamawiającego: **Uzdrowiska Krynica - Żegiestów S.A.**, ul. Nowotarskiego 9/4, 33-380 Krynica Zdrój na rzecz **ERBUD S.A.**, Ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Nowym Sączu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Uzdrawisko Krynica-Żegiestów S.A. ul. Nowatorskiego 9 /4, 33-380 Krynica – Żegiestów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą „Modernizacja Pijalni Głównej w Krynicy -Zdroju”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 marca 2012 r., numer ogłoszenia 2012/S 54-087924, z modyfikacją w dniach: 21 marca 2012r.- numer ogłoszenia 2012/S 56-090458, 07 kwietnia 2012r. - numer ogłoszenia 2012/S 69-112823, 05 kwietnia 2012r. - numer ogłoszenia 2012/S 87-14204, 26 czerwca - numer ogłoszenia 2012/S 87-142040, 11 lipca 2012r. numer ogłoszenia 2012/S 131- 216837.

W dniu 21 sierpnia 2012r. Odwołujący: ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, z treści przesłanego faksem w tym samym dniu zawiadomienia o wynikach postępowania, wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Konsorcjum: „Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J., ul. Puławskiego 29, 33-380 Krynica Zdrój oraz Pracownia Projektowa F-11, ul. Grochowska 6B, 31- 521 Kraków.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 31 sierpnia 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku przedmiotowego postępowania, a polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty „Konsorcjum” firm: „Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI” S..... i J..... C..... Sp. J., ul. Puławskiego 29, 33-380 Krynica Zdrój, Pracownia Projektowa F-11, ul. Grochowska 6B, 31- 521 Kraków, zwanych dalej łącznie „Konsorcjum”, jako najkorzystniejszej,
2. zaniechaniu wykluczenia ww. „Konsorcjum” z uwagi na nie wniesienie wadium,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty „Konsorcjum” firm: „Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI” S..... i J..... C..... Sp. J., ul. Puławskiego 29, 33-380 Krynica Zdrój, Pracownia Projektowa F-11, ul. Grochowska 6B, 31- 521 Kraków,

jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów,

4. zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, z ostrożności procesowej, także od zaniechania przez Zamawiającego:

5. czynności wezwania „Konsorcjum” do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759), zwanej dalej ustawą Pzp, zgodnie z art.26 ust. 3 ustawy Pzp oraz ewentualnie złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

6. wykluczenia „Konsorcjum” z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechania uznania oferty złożonej przez „Konsorcjum” za odrzuconą.

Jednocześnie Odwołujący ww. czynnościom i zaniechaniu Zamawiającego, Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 i w związku z art. 24 ust. pkt 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na zaniechanie wykluczenia „Konsorcjum”, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium,

2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku nie respektowania opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu ustalonego w ogłoszeniu i w SIWZ oraz ustalenie nowych zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert, oraz w związku z naruszeniem art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tych przepisów w odniesieniu do „Konsorcjum”,

3) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w związku z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „Konsorcjum”, jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, a z ostrożności procesowej także :

4) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust 3 ustawy Pzp, w związku z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa dla pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp,

5) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania „Konsorcjum”, jako że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na wykonanie zamówienia, oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem uznania oferty złożonej przez „Konsorcjum” za odrzuconą,

6) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust 3 ustawy Pzp, w związku z art.

22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, tj. polisy ubezpieczeniowej w przedmiocie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,

7) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania „Konsorcjum”, jako że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysonowania osobą zdolną do wykonania zamówienia, oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem uznania oferty złożonej przez „Konsorcjum” za odrzuconą,

8) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust 2b ustawy Pzp, ewentualnie do wyjaśnienia podstawy dysponowania osobą kierownika budowy,

9) naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Ustawy i art. 24 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania „Konsorcjum”, jako że podlega wykluczeniu z tytułu zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, a z ostrożności procesowej także:

10) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek przez Członka Konsorcjum,

11) naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Ustawy i art 24 ust 1 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania „Konsorcjum”, jako że podlega wykluczeniu z tytułu niezłożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, a z ostrożności procesowej także:

12) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

13) naruszenie innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu :

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert i wykluczenie „Konsorcjum”, z uwagi na nie zabezpieczenie oferty wadium,
- 3) z ostrożności dokonania czynności zaniechanych przez Zamawiającego, a polegających na wezwaniu „Konsorcjum” CECHINI w trybie art. 26 ust 3 do uzupełnienia pełnomocnictwa oraz dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 1)

Ustawy;

4) wykluczenia, względnie odrzucenia oferty „Konsorcjum” i / lub wykluczenia „Konsorcjum” z postępowania w przypadku, gdyby wykonawca ww. dokumenty uzupełnił w sposób błędny,

5) dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tj. oferty Odwołującego).

W swoim odwołaniu odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazał, że ze złożonego przy ofercie dokumentu wadium (vide: str. 075), gdzie wskazano inny skład „Konsorcjum”: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J., z siedzibą ul. Puławskiego 29, 33-380 Krynica Zdrój - Lider „Konsorcjum”, Pracownia Projektowa F-11, z siedzibą w Krakowie ul. Grochowska 6B, 31- 521 Kraków - Partner „Konsorcjum”, widać, że nie jest to ten sam wykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy Pzp, który złożył ofertę.

Podkreślił przy tym, że zgodnie z ustawą Pzp, doktryną i judykaturą, dokument wadium nie tylko, że nie podlega uzupełnieniu, ale nawet wyjaśnieniom.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku nie respektowania opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu ustalonego w ogłoszeniu i w SIWZ oraz ustalenie nowych zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert, oraz w związku z naruszeniem art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tych przepisów w odniesieniu do „Konsorcjum” zwrócił uwagę, że na Zamawiającym ciąży obowiązek prowadzenia postępowania z należytą starannością oraz weryfikacji dokumentów i oświadczeń w sposób nie budzący wątpliwości, czy wykonawcy spełniają postawione przez niego warunki udziału w postępowaniu, zaś podstawowym środkiem prawnym służącym temu celowi jest instytucja wezwania wykonawcy do wyjaśnień i uzupełnień w zakresie brakujących bądź błędnych oświadczeń i dokumentów.

Zarzucił Zamawiającemu, że w przedmiotowym postępowaniu takiej należytej staranności nie dochował, kierując się przy wyborze najkorzystniejszej oferty własnymi, niezawartymi w SIWZ regułami oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz domysłami.

W zachowaniu Zamawiającego Odwołujący dostrzegł niekonsekwencję polegającą na tym, że oceniający oferty nie zauważył ewidentnych błędów w ofercie „Konsorcjum”, a wyjaśniał jedynie literówki w nazwisku F.....

Zgłaszając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w związku z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „Konsorcjum”, jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów z tego powodu, że w pełnomocnictwie wskazano osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą w formie spółki jawnej (co jest irrelewantne z punktu widzenia, że umocowano osobę fizyczną).

Dalej zauważył, że zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a w takiej sytuacji zgodnie z ust. 2 ww. artykułu ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś z treści oferty złożonej przez „Konsorcjum” wynika, że ofertę złożyło „Konsorcjum” składające się z Lidera: Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J. z siedzibą w Krynicy Zdrój oraz Członka: Pracowni Projektowej F-11 z siedzibą w Krakowie.

Wskazał także, że oferta została podpisana przez panów S..... C..... oraz J..... C....., obu oznaczonych na pieczętkach imiennych, jako właścicieli Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J.

Zauważył również, że załączone do oferty pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w przetargu zostało jednak udzielone przez Pana M..... F..... dwóm osobom fizycznym - Panom S..... i J..... C....., nie zaś spółce jawnej, która jako spółka osobowa, jest odrębnym od swoich właścicieli podmiotem prawnym, co oznacza – zdaniem Odwołującego, że takie pełnomocnictwo nie spełnia wymagań przewidzianych w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego przedmiotowe pełnomocnictwo nie jest pełnomocnictwem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ustanawiającym pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, lecz jedynie upoważnieniem od jednego z wykonawców (M..... F.....) dla pełnomocnika.

Według Odwołującego skoro upoważnione do reprezentowania są osoby fizyczne, nie zaś członek „Konsorcjum” - spółka jawna, to w tej sytuacji również spółka jawna Cechini

powinna była udzielić umocowania tym osobom.

Zdaniem Odwołującego z treści pełnomocnictwa nie wynika w żaden sposób, że upoważnienia do reprezentacji w postępowaniu Panom C..... będących właścicielami (wspólnikami) spółki jawnej, udzieliła sama spółka jawna, a w szczególności, w pełnomocnictwie nigdzie nie jest wskazane, że mocodawca wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego z Przedsiębiorstwem Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J.

Zdziwienie Odwołującego budziło zobowiązanie do przekazania zasobów, co wskazuje – jego zdaniem, że wykonawcy nie starają się wspólnie o uzyskanie tego zamówienia, co również przemawia za argumentem, że dokument ten nie jest pełnomocnictwem w rozumieniu art. 23 Pzp.

Wskazał również, że zgodnie z postanowieniami rozdz. XII, pkt 10 SIWZ: Treść pełnomocnictwa musi jednoznacznie określać czynności, co do których, pełnomocnik jest upoważniony, a zgodnie z pkt 9 tego rozdziału: Upoważnienie do podpisania oferty powinno wynikać z dokumentów dołączonych do oferty, a w przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje pełnomocnik należy złożyć stosowne pełnomocnictwo.

Według Odwołującego załączone do oferty pełnomocnictwo jest wadliwe, również z tego powodu, że nie jest ono konsorcjalne, bowiem upoważnia dwie osoby fizyczne do działania tylko w imieniu „Pracownia Projektowa F-11”, ul. Grochowska 6B, 31- 521 Kraków, a nie w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Wobec powyższego stwierdził, że oferta podpisana przez Panów S..... C..... oraz J..... C..... w imieniu „Konsorcjum” CECHINI jest ofertą podpisaną przez osoby nieuprawnione, zatem Zamawiający dokonując wyboru oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dopuścił się naruszenia art. 89 ust.1 pkt. 8 ustawy, a także innych przepisów wyszczególnionych w treści przedmiotowego zarzutu.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania „Konsorcjum”, jako że nie wykazało – w ocenie Odwołującego - spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na wykonanie zamówienia, oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem uznania oferty złożonej przez „Konsorcjum” za odrzuconą.

Zauważył, że w rozdz. VII, pkt 3 B SIWZ Zamawiający zawarł warunek ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (pięć milionów), a na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wymagał on, aby wykonawcy załączyli: opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji - przebudowie i rozbudowie wraz z przebudową instalacji i zagospodarowania terenu pijalni głównej w Krynicy Zdroju na podstawie programu Funkcjonalno-użytkowego stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, a załączona do oferty Polisa OC nr P0/00494967/2012 w punkcie opisującym warunki szczegółowe - „Klauzula Odpowiedzialność Cywilna Przedsiębiorstw Budowlanych” w § 2 pkt 2 zawiera wyłączenie „szkód wyrządzonych w związku z prowadzeniem prac projektowych”.

Z powyższych względów zaprezentował stanowisko, że „Konsorcjum” CECHINI nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie jest objęte ochroną ubezpieczeniową OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Dodatkowo nadmienił, że w przedmiotowym postępowaniu jest to o tyle istotne, że zaprojektowanie robót budowlanych nie jest marginalną częścią zamówienia - jest jednym z dwóch głównych zakresów zamówienia prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Ponadto zaznaczył, że wykazanie się posiadaniem takiego ubezpieczenia jest ważne również z tego względu, że we wzorze umowy (tekst jednolity po zmianach dokonanych w SIWZ - stan na dzień 06.07.2012r.) - § 13 - na etapie realizacji zamówienia jest mowa jedynie o obowiązku ubezpieczenia obiektu w trakcie budowy lub montażu, a więc zdecydowanie w fazie po zaprojektowaniu.

Wobec powyższego „Konsorcjum” – według Odwołującego - nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na wykonanie zamówienia, ponieważ nie przedstawiło polisy OC prowadzonej działalności w wymaganym przedmiotem zamówienia zakresie.

Stwierdził, że Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia polisy

OC w zakresie prowadzonej działalności naruszył art. 26 ust 3 ustawy Pzp, w związku z art. art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tej sytuacji zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania „Konsorcjum”, jako że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia, oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem uznania oferty złożonej przez „Konsorcjum” za odrzuconą.

Na tle tego zarzutu powołał się na postanowienie rozdz. VII, pkt 2 C SIWZ, w którym Zamawiający zawarł warunek dysponowania osobą: osoba, która pełnić będzie funkcję Kierownika Budowy, posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym przy realizacji min. jednego obiektu budowlanego, który uzyskał ostateczną decyzję o pozwoleniu na użytkowanie (zaprojektowanie i wybudowanie) o wartości obiektu min. 20 000 000 zł brutto.

Nadto zwrócił uwagę, że w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia, w poz. nr 5 wskazano na to stanowisko p. J..... D..... podając, jako podstawę dysponowania „dołączone do oferty zobowiązanie”, w którym p. J..... D..... - „Kierownik Budowy w specj. Konstrukcyjno-budowlanej”, jak wynika z napisu na pieczęcie zamieszczonej obok podpisu, udostępnił swoją osobę.

Zdaniem Odwołującego wskazana w wykazie osób „podstawa dysponowania osobą” może wskazywać, że kierownik budowy jest osobą udostępnioną przez podmiot trzeci, np. przez pracodawcę, jednak zobowiązania podmiotu trzeciego „Konsorcjum” nie załączyło do oferty.

W związku z powyższym stwierdził, że „Konsorcjum” nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą Kierownika Budowy, a zatem Zamawiający naruszył art. art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz inne przepisy wyszczególnione w treści przedmiotowego zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp i art. 24 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania „Konsorcjum”, jako że podlega wykluczeniu z tytułu zalegania z opłacaniem składek na

ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wskazał, że Zamawiający na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wymagał od wykonawców w rozdz. VIII pkt 2 ppkt 4) m.in. załączenia do oferty aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Powyższy dokument był wymagany od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tymczasem do oferty załączony został dokument wystawiony nie na członka „Konsorcjum”, tj Pracownię Projektową F-11 M..... F....., ul. Grochowska 6B, 31- 521 Kraków, ale na „F-11, F..... M....., ul. Grochowska 6B, 31-521 Kraków”.

W ocenie Odwołującego powyższa treść zaświadczenia nie odzwierciedla pełnej nazwy, zatem brak jest podstaw do uznania, że wystawiono je na wykonawcę, czy może na inny podmiot prowadzony przez osobę M..... F.....

W związku z powyższym stwierdził, że „Konsorcjum” nie wykazało braku podstaw do wykluczenia w zakresie niepodlegania wykluczeniu z tytułu zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Ostatecznie Odwołujący podniósł do zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp i art 24 ust 1 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania „Konsorcjum” CECHINI, jako że podlega wykluczeniu z tytułu niezłożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wymagał od wykonawców w rozdz. VIII pkt 2 ppkt 1) m.in. załączenia do oferty oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, od każdego z wykonawców składających ofertę wspólną, podczas gdy do oferty załączony został dokument wystawiony nie na Pracownię Projektową F-11 M..... F....., ul. Grochowska 6B, 31- 521 Kraków, ale na „Pracownię Projektową F-11 ul. Grochowska 6B, 31-521 Kraków”.

Według Odwołującego powyższe, ponieważ nie identyfikuje wykonawcy, może być wystawione na inny podmiot prowadzony przez osobę M..... F.....

W związku z powyższym stwierdził, że „Konsorcjum” nie przedstawiło oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

W dniu 6 września 2012r. wykonawca - Konsorcjum: „Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J., ul. Puławskiego 29, 33-380 Krynica Zdrój oraz Pracownia Projektowa F-11, ul. Grochowska 6B, 31- 521 Kraków zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wezwania Zamawiającego z dnia 11 września 2012r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.22 ust.1 pkt. 3 i pkt.4, art.23 ust.2, art. 24 ust.1, ust. 2 pkt 2, 4 i ust.4, art.26 ust.4, art. 89 ust. 1 pkt. 8, art.91ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), jednak uznała, że Zamawiający naruszył przepisy art.26 ust.3 cyt. wyżej ustawy Pzp.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była między innymi kwestia czy Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów oraz czy powinien on wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zgłoszony zarzut pkt. I dotyczący niewniesienia wadium przez podmiot uprawniony.

Wymaga wskazania, że stosownie do przepisu art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art.46 ust.3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, że gwarancja przetargowa zapłaty wadium nr 10/010641/2012 z dnia 1 sierpnia 2012r.wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. została złożona przy ofercie na stronach 057-058.

Wprawdzie przedmiotowe wadium zostało wystawione na wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J., jednak w tej samej rubryce „Wykonawca” wyszczególniono również działające w imieniu i na rzecz Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J. oraz Pracownia Projektowa F-11 z siedzibą w Krakowie.

Z treści gwarancji przetargowej zapłaty wadium wynika również, że przedmiot przetargu jest tożsamy z przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co potwierdza wskazany w tym dokumencie nr ref.: ZP-271-19/12.

Jednocześnie należy wskazać, że znajdujący się w komentowanym dokumencie dodatek Pracownia F – 11 stanowił określenie dowolnie obrane przez M..... F..... w rozumieniu przepisu art.43 ze znacznikiem 4 zdanie 2 kodeksu cywilnego, któremu towarzyszyło określenie miejsca prowadzenia działalności, które zostały włączone do firmy.

Zdaniem Izby przepisy prawa cywilnego dotyczące firmy mają przede wszystkim na celu umożliwienie identyfikacji przedsiębiorcy oraz zabezpieczenie innych podmiotów występujących w obrocie przed możliwością wprowadzenia w błąd, co do tożsamości podmiotu.

Skoro, zatem przedsiębiorca w myśl przepisu art.43² § 1 kodeksu cywilnego działa pod firmą, a jej składowymi są dodatki dowolnie obrane, to również należy przyjąć, że ma on prawo posługiwać się tymi elementami, jeżeli nie wprowadzają one w błąd odbiorcy oświadczenia woli czy wiedzy.

W rozpoznawanym przypadku Izba nie doszukała się w zachowaniu Odwołującego cech mających na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd z zamiarem jego pokrzywdzenia.

Odwołujący przy tym nie udowodnił, że w obrocie występuje podmiot o podobnie brzmiącej nazwie i takiej samej siedzibie jak uczestnik konsorcjum, co potwierdza przekonanie Izby o jego subiektywnym i bardzo sformalizowanym podejściu do przedmiotowego zagadnienia.

Jednocześnie należy stwierdzić, że złożone przez Odwołującego dokumenty wraz z ofertą stanowią kompletną całość, w tym również z podanymi w nich określeniami. Powyższe dokumenty należy odczytywać, interpretować i rozumieć w sposób łączny.

Wymaga również wskazania, że prawidłowe określenie firm przedsiębiorców w przedmiotowej sprawie przez Odwołującego nastąpiło poprzez załączenie do oferty stosownych wypisów: z Rejestru Przedsiębiorców z dnia 14 marca 2012r. o numerze 0000009935 (strony 017-020) i wypisu z dnia 18 lipca 2012r. z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP(strona 021), którymi należy się posługiwać w razie wątpliwości, co do nazwy wykonawcy.

W tym stanie rzeczy Izba nie mogła uznać powyżej złożonego wadium za wystawione nie dla wykonawcy ubiegającego się wspólnie o uzyskanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym istnienia przesłanki do wykluczenia go z tego powodu z przedmiotowego przetargu.

Za bezzasadny Izba uznała również zarzut określony w pkt. II uzasadnienia odwołania z uwagi na brak jego sformułowania i ograniczenie się jedynie do wskazania wadliwej czynności Zamawiającego badania i oceny ofert oraz nieprzeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i uzupełniającego w stosunku do spornej oferty.

Izba nie podzieliła również zapatrywania Odwołującego zawartego w pkt. III uzasadnienia odwołania uznając, iż złożone na stronie 04 oświadczenie woli Marcina Furtaka prowadzącego działalność pod firmą Pracowania Projektowa F – 11 w sposób dostateczny ujawnia chęć udzielenia współnikom spółki jawnej S..... i J..... C..... pełnomocnictwa do reprezentacji w postępowaniu i zawarcia umowy w przetargu na: „Modernizację Pijalni Głównej w Krynicy – Zdroju”.

Powyższe umocowanie w całej rozciągłości – zdaniem Izby – odpowiada treści pełnomocnictwa opisanego w art.23 ust.2 ustawy Pzp i oznacza ono wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców: Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI S..... i J..... C..... Sp. J. oraz M..... F..... Pracownia Projektowa F-11.

Powyższe dodatkowo potwierdzają załączone do oferty: odpis aktualny z Rejestru Przedsiębiorców z dnia 14 marca 2012r.o numerze 0000009935(strony 017-020) i wypis z dnia 18 lipca 2012r. z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP(strona 021).

Oczywiście wszelkie uszczegółowienia pełnomocnictw są w obrocie gospodarczym jak najbardziej pożądane, jednak nie mogą one prowadzić do eliminacji wykonawców je składających, jeżeli te złożone zawierają wszystkie konieczne elementy zgodnie z treścią art.23 ust.2 ustawy Pzp.

Rozpatrując zarzut zawarty w pkt. IV uzasadnienia odwołania Izba doszła do przekonania, że Zamawiający powinien rozstrzygnięcie przetargu poprzedzić postępowaniem zmierzającym do wyjaśnienia zakresu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dotyczącego prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na podstawie załączonych uzupełnionych w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp dokumentów, bowiem dołączona do oferty polisa nie uwzględniała działalności projektowej, lecz jedynie działalność budowlaną.

Co prawda, Zamawiający to uczynił w wezwaniu z dnia 11 września 2012r. stwierdzając, że wykonawca nie spełnił wymaganego warunku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, jednak nastąpiło to już po wyborze najkorzystniejszej oferty, w trakcie prowadzonego postępowania odwoławczego.

Powyższe działanie Zamawiającego Izba potraktowała, jako przyznanie okoliczności, na których podstawie został oparty zarzut z pkt. IV uzasadnienia odwołania.

Z tego powodu Izba uznała, że Zamawiający powinien zażądać uzupełniania dokumentów, a następnie dokonać ich oceny zgodnie z postanowieniami SIWZ.

W związku z podniesionym zarzutem w pkt. V uzasadnienia odwołania Izba nie uwzględniała go, uznając, że znajdujące się na stronie 009 zobowiązanie Jerzego

Dutkiewiczza oraz na stronie 032, lp.5 oświadczenie o podstawie dysponowania mieszczą się w dyspozycji przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem powołanego wyżej przepisu wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, że załączone do oferty zobowiązanie J..... D..... stanowiło odpowiedni dowód dla Zamawiającego na okoliczność dysponowania przez wykonawcę zasobem niezbędnym do realizacji zamówienia, a podstawę do dysponowania tym zasobem stanowiło właśnie przedłożone do oferty przedmiotowe zobowiązanie.

Nie znalazł także uznania Izby zarzut opisany w pkt. VI uzasadnienia odwołania, ponieważ brak dodatku w zaświadczeniu w postaci słów Pracownia Projektowa, podczas gdy podano w nim imię i nazwisko przedsiębiorcy nie oznacza, że dokument ten nie wskazuje na wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, a Zamawiający w oparciu o treść tego dokumentu nie uzyskał wiedzy, co do sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Podobnie – zdaniem Izby - nie potwierdził się zarzut zgłoszony w pkt. VII odwołania, bowiem wskazanie w tym dokumencie Pracowni Projektowej F – 11 z podaniem adresu prowadzonej działalności M..... F..... nie powodowało braku możliwości identyfikacji tego przedsiębiorcy z tego powodu, że oznaczenie Pracownia Projektowa F – 11 wraz z powyższym adresem było wpisane w załączonym wypisie z CEiLoDG, gdzie figurowało również imię i nazwisko M..... F.....

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 26 ust. 3 miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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: