

Sygn. akt: KIO 899/14

WYROK

z dnia 20 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **IDS-BUD S.A. w Warszawie (00-844), ul. Grzybowska 87, SVGE sp. z o.o., Jatne 19, 05-430 Celestynów oraz M..... D..... prowadzącego działalność pod firmą M..... D..... Grupa Activia, Dąbrowa Miszewska 1, 83-306 Banino** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Elektrownię CCGT Gdańsk sp. z o.o. w Gdańsku (80-309), al. Grunwaldzka 472**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PVTEC Polska sp. z o.o., Ostrów 49a, 33-122 Wierzchosławice oraz Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie (33-100), ul. Przemysłowa 27** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **IDS-BUD S.A. w Warszawie, SVGE sp. z o.o. w Jatnem oraz M..... D..... prowadzącego działalność pod firmą M..... D..... Grupa Activia w Dąbrowie Miszewskiej 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: **IDS-BUD S.A.**

w Warszawie, SVGE sp. z o.o. w Jatnem oraz M..... D..... prowadzącego działalność pod firmą M..... D..... Grupa Activia w Dąbrowie Miszewskiej tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **IDS-BUD S.A. w Warszawie, SVGE sp. z o.o. w Jatnem oraz M..... D..... prowadzącego działalność pod firmą M..... D..... Grupa Activia w Dąbrowie Miszewskiej** na rzecz zamawiającego: **Elektrowni CCGT Gdańsk sp. z o.o. w Gdańsku** kwotę **4 620 zł 62 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset dwadzieścia złotych sześćdziesiąt dwa grosze) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na realizację zadania: „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o zainstalowanej mocy od 1,6 do 2,0 MW wraz z towarzyszącą infrastrukturą” zostało wszczęte przez Elektrownię CCGT Gdańsk sp. z o.o. w Gdańsku, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 128 - 220751) w dniu 4 lipca 2013 r.

W dniu 5 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: IDS-BUD S.A. w Warszawie, SVGE sp. z o.o. w Jatnem oraz M..... D..... prowadzącego działalność pod firmą M..... D..... Grupa Activia w Dąbrowie Miszewskiej, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec „niezgodnych z prawem czynności podjętych przez Zamawiającego” – Odwołujący zarzucał Zamawiającemu „naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej niezaproszonego do składania ofert,
- art. 7 ust. 3 Pzp - poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy, który nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz art. 7 ust. 1 Pzp, art. 91 ust. 1 i innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymienionych w treści niniejszego odwołania, w wyniku czego Zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę Konsorcjum PVTEC jako najkorzystniejszą.”

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, „odrzucenia oferty wykonawcy PVTEC jako złożonej przez Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert” oraz uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

W dniu 9 maja 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie oraz Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwani dalej łącznie Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że jednym z sześciu wykonawców zaproszonych do złożenia ofert wstępnych był Przystępujący, tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie oraz Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie. Decyzję o zaproszeniu Przystępującego Zamawiający podjął m.in. na podstawie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożonym wspólnie przez powołanych wykonawców – zgodnie z treścią wniosku został on złożony „w imieniu i na rzecz: wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie – lider (...) Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o.”.

Zgodnie z pkt VII.3.8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przekazanej wykonawcom wraz z powołanym zaproszeniem, do oferty wstępnej należało dołączyć „dokumenty stwierdzające umocowanie do jej podpisania, chyba że dokumenty takiej były już złożone wcześniej w postępowaniu (np. na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)”.

Przystępujący przedstawił Zamawiającemu swoją ofertę wstępną. W formularzu oferty wstępnej, jako na oferenta wskazano na obu wykonawców występujących łącznie: „Konsorcjum PVTEC Polska sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o.”. Wraz z ofertą wstępną zostało przedstawione Zamawiającemu pełnomocnictwo z dnia 11 grudnia 2013 r., w którym Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie upoważniała PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie do działania w jej imieniu, w tym m.in. do „składania ofert na wszystkich etapach postępowania przetargowego”.

Pismem z dnia 27 stycznia 2014 r. Zamawiający zaprosił Przystępującego do złożenia oferty. Pismo to, tak jak inne pisma kierowane do Przystępującego (tytułem przykładu: zaproszenie do złożenia oferty wstępnej, odpowiedzi na pytania wykonawców zawarte w pismach z dnia 27 i 29 listopada 2013 r., 5 grudnia 2013 r., 29 stycznia 2014 r., czy też 4 i 6 lutego 2014 r.) w nagłówku, jako na adresata wskazywały podmiot: „Lider Konsorcjum PVTEC Polska sp. z o.o.”.

W pkt VII.1.8 SIWZ, przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert, Zamawiający wskazał, iż do oferty należy dołączyć „dokumenty stwierdzające umocowanie do jej podpisania, chyba że dokumenty takiej były już złożone wcześniej w postępowaniu (np. na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert wstępnych)”.

W formularzu przedstawionej Zamawiającemu oferty, jako na oferenta wskazano na: „Konsorcjum PVTEC Polska sp. z o.o.”. Wraz z ofertą złożona została ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium, w której treści wskazano na Zamawiającego, postępowanie przez niego prowadzone, oraz na Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie, jako na zobowiązanego z gwarancji.

Zamawiający przyjął, iż ofertę złożył Przystępujący, tj. dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, i uznał tę ofertę za najkorzystniejszą spośród wszystkich mu przedstawionych.

Wobec powołanych tu czynności Odwołujący wniósł odwołanie. Zarzuty w nim zawarte zostały oparte na twierdzeniu, iż ofertę kwestionowaną przez Odwołującego złożył wykonawca, który nie został zaproszony do składania ofert, tj. działający samodzielnie wykonawca PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie, nie zaś dopuszczeni do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie odpowiedniego wniosku złożonego Zamawiającemu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie oraz Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o.

w Tarnowie. Zdaniem Odwołującego nie zachodziła w tym przypadku tożsamość podmiotowa na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia, co powinno skłonić Zamawiającego do odrzucenia tak złożonej mu oferty, tymczasem Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności. Stanowiło to w ocenie Odwołującego naruszenie przepisów ustawy, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 5), a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadnie, zdaniem Izby, Odwołujący podnosił, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę niezaprośzonego do złożenia ofert. Niemniej jednak Izba nie podzieliła przekonania Odwołującego o konieczności odrzucenia na podstawie powołanego przepisu oferty kwestionowanej w odwołaniu. W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący oświadczył, iż nie neguje prawa lidera do podpisania oferty w imieniu konsorcjum, ani też możliwości złożenia wadium przez jednego tylko członka konsorcjum. Twierdził on jedynie, że z dokumentów przedstawionych Zamawiającemu, w tym również z gwarancji wadialnej, nie wynika, że oferta została złożona w imieniu konsorcjum.

Tak we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i w treści oferty wstępnej w sposób wyraźny jako na wykonawcę wskazano na wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie oraz Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie. W treści oferty wstępnej wskazanie na firmy wykonawców poprzedzono słowem konsorcjum, zaś we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy firmie wykonawcy PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie zamieszczono adnotację „*lider*”. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 11 grudnia 2013 r. Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie upoważniała PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie do działania w jej imieniu, w tym m.in. do „*składania ofert na wszystkich etapach postępowania przetargowego*”. Co istotne w tym kontekście, Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił dowodów mających potwierdzać fakt odwołania powołanego pełnomocnictwa przed dniem złożenia ofert

Zamawiającemu. Ważnym jest w rozpoznawanej sprawie sposób adresowania przez Zamawiającego pism kierowanych do Przystępującego, w szczególności określania ich adresata: „*Lider konsorcjum PVTEC Polska sp. z o.o.*” – okoliczność ta świadczy o tym, iż dla Zamawiającego oczywistym było to, że pod pojęciem „*konsorcjum PVTEC Polska sp. z o.o.*” kryją się wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PVTEC Polska sp. z o.o. w Ostrowie oraz Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie – powszechnym wszak w praktyce zamówień publicznych jest określanie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia mianem konsorcjum dookreślonym firmą, pod jaką prowadzi działalność lider tegoż (pełnomocnik wyznaczony zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp). W postępowaniu tym, prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, Zamawiający, z uwagi na jego wieloetapowość, a także konieczność przeprowadzenia procedury negocjacyjnej z wykonawcami zaproszonymi do złożenia ofert wstępnych, prowadził z każdym z uczestniczącym w postępowaniu obszerną korespondencję i takim właśnie mianem („*konsorcjum PVTEC Polska sp. z o.o.*”) określał Przystępującego. W tym kontekście zauważyć należy, iż nawet Odwołujący w treści sformułowanego w odwołaniu zarzutu pisze: „*w wyniku czego Zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę Konsorcjum PVTEC jako najkorzystniejszą*” – sam zatem potwierdza istnienie powoływanej tu praktyki zbiorczego określania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W kontekście tych właśnie okoliczności została przedstawiona Zamawiającemu oferta, w której jako na oferenta wskazano na: „*Konsorcjum PVTEC Polska sp. z o.o.*”, zaś wraz z ofertą złożona została ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium, w której treści wskazano na Zamawiającego, postępowanie przez niego prowadzone, oraz na Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD sp. z o.o. w Tarnowie, jako na zobowiązanego z gwarancji.

Zgodnie z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121), znajdującego zastosowanie w rozpoznawanej sprawie zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Pzp (do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej), oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Jak pisze Andrzej Janiak w komentarzu „*Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna.*”, wyd. II, 2012 r. „*Ważnym kryterium oceny oświadczenia woli w procesie jego wykładni są okoliczności, w których zostało ono złożone. Chodzi o te okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia*

woli, które stanowią dla niego tzw. kontekst sytuacyjny (tło) i które pozostają w związku ze znaczeniem wyrażen językowych użytych przez składającego oświadczenie woli. Okoliczności te mają doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia.”

Mając na uwadze powyższe, kierując się przepisem art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, Izba uznała, iż ze względu na okoliczności, w których zostało złożone skierowane do Zamawiającego oświadczenie woli zawarte w ofercie, właściwym będzie przyjęcie, że ofertę tę przedstawiono Zamawiającemu w imieniu Przystępującego, a zatem obu wykonawców działających wspólnie. Świadczy o tym wskazanie w formularzu oferty przy firmie wykonawcy PVTEC Polska sp. z o.o. słowa konsorcjum (zgodnie z powołanymi zwyczajami łącznego określania w ten właśnie sposób wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), a także fakt przedstawienia wraz z ofertą gwarancji wadialnej wystawionej na drugiego z konsorcjantów i odwołującej się w swej treści do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w którym to postępowaniu, tak oferta, jak i sama gwarancja do niej załączona, zostały złożone (co potwierdza dodatkowo wolę złożenia przez konsorcjanta wspólnej oferty). Okoliczności te należy odczytywać w kontekście przebiegu całego postępowania o udzielenie zamówienia i pism Zamawiającego i Odwołującego kierowanych do siebie wzajemnie.

Dlatego też Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo przyjął, że skierowana do niego oferta została złożona przez Przystępującego, a zatem przez dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w rozpoznawanym odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków

przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Przewodniczący: