

WYROK
z dnia 25 lutego 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marię Biegańską, Ryszarda Biegańskiego prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne LASPOL s. c., Wandę Filipek, Józefa Filipka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno - Budowlane s. c. WAND - MAL**, adres lidera konsorcjum: 97- 371 Wola Krzysztoporska, Pawłów Górny 9 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Nadleśnictwo Piotrków, 97-330 Sulejów, Łącznie 101 protestu z dnia 31 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Sławomira Stępnia prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne - Sławomir Stępień, Włodzimierzów ul. Zdrowie 5, 97-330 Sulejów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marię Biegańską, Ryszarda Biegańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne LASPOL s. c., Wandę Filipek, Józefa Filipka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno - Budowlane s. c.**

WAND - MAL, adres lidera konsorcjum: 97- 371 Wola Krzysztoporska, Pawłów Górny 9 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marię Biegańską, Ryszarda Biegańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne LASPOL s. c., Wandę Filipek, Józefa Filipka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno - Budowlane s. c. WAND - MAL**, adres lidera konsorcjum: 97- 371 Wola Krzysztoporska, Pawłów Górny 9;
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marię Biegańską, Ryszarda Biegańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne LASPOL s. c., Wandę Filipek, Józefa Filipka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno - Budowlane s. c. WAND - MAL**, adres lidera konsorcjum: 97- 371 Wola Krzysztoporska, Pawłów Górny 9.

Uzasadnienie

Zamawiający - Nadleśnictwo Piotrków z siedzibą w Łęczynie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi związane

bezpośrednio z prowadzeniem gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Piotrków w 2010 roku. Pismem z 18 grudnia 2009 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania. W części III zamówienia zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Sławomira Stępień prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Sławomir Stępień z siedzibą w Sulejowie natomiast odrzucił w ofertę z złożoną przez Marię Biegańską, Ryszarda Biegańskiego prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „LASPOL” s. c. z siedzibą w Woli Krzysztoporskiej, zwanych dalej: „wspólnikami spółki LASPOL s.c” oraz Wandę Filipek, Józefa Filipka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno – Budowlane „WAND - MAL” s. c. z siedzibą w Radomsku - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, zwanych dalej: „wspólnikami spółki WAND – MAL s.c.” - na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej również: „Pzp”. Zamawiający powołał postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: siwz, w którym dopuścił możliwość złożenia jednej oferty na części I-III zamówienia i wskazał, że wbrew temu postanowieniu na część II zamówienia ofertę złożyli wspólnicy spółki LASPOL s. c, zaś na część III wspólnicy spółki LASPOL s.c, wspólnie z wspólnikami spółki WAND – MAL s. c. Wspólnicy spółki LASPOL s.c. oraz wspólnicy spółki WAND – MAL s. c. wnieśli protest, w którym zarzucili zamawiającemu bezprawne odrzucenie jego oferty w części III zamówienia, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Protestujący żądali: unieważnienia czynności uznania złożonej przez nich oferty za odrzuconą i wnieśli o: dokonanie powtórzenia czynności wyboru ofert i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu protestujący podnieśli, że w postępowaniu dwa niezależne podmioty złożyły dwie oferty na dwie oddzielne części zamówienia. Wywiodło, że zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych konsorcjum, utworzone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, stanowi odrębnego wykonawcę. Protestujący wskazali, że istota wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne określona w art. 23 ust. 1 Pzp sprowadza się do możliwości starania się wspólnie o zamówienie, które byłoby nie osiągalne dla wykonawców starających się oddzielnie. Połączone potencjały wykonawców wchodzących w skład konsorcjum tworzą nowego wykonawcę, o czym świadczy treść art. 23 ust. 3 Pzp.

Zamawiający pismem z 8 stycznia 2010 odrzucił protest na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp. Podniósł, że skoro w treści protestu wykonawca przyznał, że informację o odrzuceniu oferty otrzymał 19 grudnia 2009 r., to wniesienie protestu 31 grudnia 2009 r. nastąpiło z uchybieniem ustawowego terminu na dokonanie tej czynności. Zamawiający ocenił, że nie naruszył przepisów ustawy Praw zamówień publicznych, gdyż przeprowadził postępowanie właściwie i zgodnie z przepisami, zatem zarzuty wnoszącego protest są bezzasadne.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego protestujący 15 stycznia 2010 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z zachowaniem obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu wskazanego w art. 184 ust. 2 Pzp. Odwołujący się podnieśli, że termin 19 grudnia został wskazany w sposób oczywiście błędny, gdyż otrzymali informację o odrzuceniu oferty 22 grudnia 2009 r., co potwierdza poświadczenie odbioru przesyłki nadanej za pośrednictwem poczty, a skoro zamawiający zrezygnował z innych, zgodnych z art. 27 ust. 3 Pzp, sposobów przekazania informacji o odrzuceniu oferty, protest został wniesiony z zachowaniem terminu. Podtrzymali zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Do postępowania odwoławczego zachowując przesłanki wskazane w art. 181 ust. 4 i 5 oraz art. 184 ust. 4 Pzp przystąpił Sławomir Stępień prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Sławomir Stępień. Przystępujący opowiedział się po stronie zamawiającego i wniósł o odrzucenie protestu na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Izba nie stwierdziła przesłanek odrzucenia odwołania. Nie wystąpiła przesłanka wskazana w art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp. Wprawdzie zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych oraz o ofertach odrzuconych, zamieszczając informacje o wynikach postępowania na własnej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie 18 grudnia 2009 r., to jednak brak jest dowodu, że odwołujący się zapoznali się z nimi we wskazanej w proteście dacie 19 grudnia 2009 r. Zamieszczenie przez zamawiającego informacji na własnej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie nie ustanawia domniemania, że wykonawcy mogli lub powinni zapoznać się z jej treścią w

tym dniu lub dnia następnego. Zamawiający przekazał informacje o odrzuceniu oferty odwołujących się jedynie w formie pisemnej przez nadanie w urzędzie pocztowym 18 grudnia 2009 r. Odwołujący się otrzymał ją 22 grudnia 2009 r. Zatem wniesienie protestu 31 grudnia 2009 r. nastąpiło z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 7 Pzp. Izba uznała, że powołanie w proteście 19 grudnia 2009 r. jako daty otrzymania pisma od zamawiającego stanowi oczywistą omyłkę odwołującego się, która nie rodzi dla niego negatywnych konsekwencji prawnych.

Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 225-323025 21 listopada 2009r.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na pięć części dopuszczając możliwość składania ofert częściowych w pkt. 3.1.2 siwz. Zamawiający zastrzegł, że wykonawca może złożyć ofertę minimalnie na jedną część zamówienia spośród części I – V a maksymalnie na 3 części tj. na dowolną tylko jedną część spośród części I - III oraz na jedną z dwóch lub obie części zamówienia spośród części IV - V. Za błędnie złożoną ofertę zamawiający uzna ofertę złożoną na więcej, niż jedną część spośród części I, II i III. Zamawiający zastrzegł, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie nie więcej, niż 30% zamówienia. W takim przypadku wykonawca zobowiązany był do wypełnienia załącznika Nr 7 do siwz

Odwołujący się wspólnicy spółki LASPOL s. c, wspólnie z wspólnikami spółki WAND – MAL s. c. złożyli ofertę na część III zamówienia, natomiast wspólnicy spółki LASPOL s. c. złożyli ofertę na część II. W obu przypadkach wykonawcy zadeklarowali realizację zamówienia bez udziału podwykonawców

Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Odwołujący się zaoferowali cenę niższą, niż przystępujący.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania ofert i siwz.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia w części III.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalając treść postanowienia pkt. 3.1.2. siwz zamawiający wprowadził wymaganie, co do sposobu realizacji zamówienia, żądając wykonania każdej z części I - III przez innego wykonawcę. Śądanie takie jest uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego i nie narusza prawa. Specyfika przedmiotu zamówienia wymaga wykonania opisanych w siwz czynności w tym samym czasie, na całym znacznym obszarze nadleśnictw objętym częściami od I do III przedmiotu zamówienia.

Postanowienie pkt 3.1.2. siwz - wyłączenie możliwości wykonywania przez tego samego wykonawcę więcej niż jednej części zamówienia ma na celu uzyskanie przez zamawiającego racjonalnej podstawy do oczekiwania, że poszczególne części zamówienia zostaną wykonane należycie. Izba ocenia, że w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający mógłby tak ukształtować postanowienia siwz, aby umożliwić wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia w więcej, niż jednej części, ustalając w tym celu adekwatne warunki, przykładowo w zakresie potencjału osobowego, który zwiększałby się w przypadku ubiegania się o więcej części zamówienia. Skoro jednak wykonawcy do dnia otwarcia ofert nie wzruszyli postanowienia pkt 3.1.2. siwz przez zadawanie pytań lub wnoszenie środków ochrony prawnej, to postanowienie siwz uniemożliwiające im ubieganie się o więcej niż jedną część zamówienia, stało się wiążące tak dla wykonawców, jak i dla zamawiającego.

Wspólnicy LASPOL s. c. ubiegali się o udzielenie zamówienia w dwóch częściach; złożyli samodzielnie ofertę w części II oraz wspólnie z wspólnikami WAND – MAL s. c. w III części zamówienia. W ocenie Izby narusza to przywołane postanowienie pkt. 3.1.2. siwz. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy ocenić jako prawidłową. Izba zważyła, że art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp referuje się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, nie tylko co do zakresu, ilości, jakości, ale również warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Skoro zamawiający uznał za istotny podział zamówienia w ten sposób, że każdą z części I - III ma wykonać inny wykonawca i wola zamawiającego stała się wiążąca w postępowaniu, to obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty, której przyjęcie prowadziłoby do obejścia tego zakazu. Pogląd przeciwny byłby sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców i prowadziłby do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w poszczególnych częściach respektowali postanowienia siwz.

Nietrafnie powołują odwołujący się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące konsorcjum oraz poglądy doktryny i orzecznictwa ukształtowane wobec nielicznych i ogólnych regulacji dotyczących konsorcjum. Istotnie konsorcjum jest zawiązywanym *ad hoc* porozumieniem celowym, które dochodzi do skutku z reguły w sytuacji, gdy pojedynczy wykonawcy nie dysponują potencjałem umożliwiającym ubieganie się o udzielenie zamówienia i jego wykonanie z należytą starannością. Przyznali to również odwołujący się, oświadczając że dopiero połączone potencjały członków konsorcjum umożliwiły mu spełnienie warunków części III zamówienia, podczas, gdy warunki ustalone dla części II spełniali samodzielnie wspólnicy spółki LASPOL s.c.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Odpowiednie stosowanie przepisów oznacza, że uregulowania prawne dotyczące wykonawcy odnoszone są do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób indywidualny, z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku.

Jak jednoznacznie podnosi się w doktrynie i orzecznictwie w prawie polskim *de lege lata* członkowie konsorcjum zawierają jedynie umowę o charakterze cywilno - prawnym, nie kreują natomiast nowego podmiotu prawa. Znajduje to wyraz w art. 141 Pzp, stanowiącym, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z art. 366. § 1 k.c. znajdującym zastosowanie w związku z art. 14 Pzp kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). § 2. przywołanego przepisu stanowi, że aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela, wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani.

Odnosząc przywołane przepisy do okoliczności faktycznych sporu stwierdzić należy, że wspólnicy spółki „WAND - MAL” s. c złożyli jedną ofertę na część III zamówienia. Natomiast wspólnicy spółki „LAS-POL” s.c. złożyli dwie oferty: w imieniu własnym na część II oraz wraz ze współnikami spółki „WAND - MAL” s. c. z na część III. Przez złożone oferty zobowiązali się do realizacji części II i III zamówienia, mimo iż zamawiający w sposób wyraźny możliwości takiej nie dopuścił.

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiaczy czynności odrzucenia oferty odwołującego się i wyboru najkorzystniejszej oferty w części III zamówienia dokonał w sposób prawidłowy i nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 art. 184 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....