

WYROK
z dnia 10 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., Wojskowe Biuro Studiów Projektów Budowlanych i Lotniskowych, Samodzielna Pracownia Usług Projektowych S.C. W. Kazimierski, M. Opęchowski, S. Śnieżek, ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Port Lotniczy Wrocław S.A., ul. Skarżyńskiego 36, 54-530 Wrocław** protestu z dnia 29 maja 2009 r.

przy udziale **Sener Sp. z o.o., Sener Ingenieria y Sistemas S.A., Biuro Studiów Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. ul. Marszałkowska 76, 00-517 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., Wojskowe Biuro Studiów Projektów Budowlanych i Lotniskowych, Samodzielna Pracownia Usług Projektowych S.C. W. Kazimierski, M. Opęchowski, S. Śnieżek, ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., Wojskowe Biuro Studiów Projektów Budowlanych i Lotniskowych, Samodzielna Pracownia Usług Projektowych S.C. W. M. S. Kazimierski, Opęchowski, Śnieżek, ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., Wojskowe Biuro Studiów Projektów Budowlanych i Lotniskowych, Samodzielna Pracownia Usług Projektowych S.C. W. M. S. Kazimierski, Opęchowski, Śnieżek, ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie prac projektowych nawierzchni sztucznych na lotnisku Wrocław - Strachowice” (nr 3/2009/NA), zostało wszczęte przez Port Lotniczy Wrocław S.A.,

ul. Skarżyskiego 36, 54-530 Wrocław zwanego dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 48-069935 w dniu 11.03.2009 r.

W dniu 20.05.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy występujący wspólnie:

- 1) Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz;
- 2) Wojskowe Biuro Studiów Projektów Budowlanych i Lotniskowych ul. Mokotowska 35, 00-560 Warszawa;

2

3) Samodzielna Pracownia Usług Projektowych s.c. W. Kazimierski, M. Opęchowski, S. Śnieżek ul. Targowa 8, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki;
reprezentowanego przez: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., zwanego dalej: „Konsorcjum POI” albo „Odwołującym”.

W dniu 29.05.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum w składzie:

- 1) Sener Sp. z o.o., ul. Marszałkowska 76, 00-517 Warszawa - Lider konsorcjum;
 - 2) Sener Ingenieria y Sistemas, SA, Avda. de Zugazarte, 56, 48930 Las Arenas, Vizcaya, Hiszpania - Partner konsorcjum;
 - 3) Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT SA, ul. Strzegomska 55a, 53-611 Wrocław - Partner konsorcjum; zwane dalej: „Konsorcjum Sener” albo „Protestującym”
- złożyło protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum POI, który to Wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na niespełnienie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, a dodatkowo jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a Zamawiający nie przeprowadził w stosunku do tego Wykonawcy obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp poprzez niezgodny z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi wybór jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konsorcjum POI. Zarzucił:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów Pzp, w wyniku których uznano ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
- b) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum z uwagi na fakt niespełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wobec przedstawienia referencji Inwestora Zastępczego jako własnych, a także poprzez niespełnienie warunku dysponowania potencjałem kadrowym oraz przedstawienie wadliwego zaświadczenia dotyczącego ewidencji działalności gospodarczej,
- c) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w związku z nieprawidłowościami wskazanymi w zakresie potencjału kadrowego oraz referencji, a które to informacje mają wpływ na wynik postępowania,

3

- d) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum mimo braku poprawnie wniesionego wadium,
- e) naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp w związku z zaniechaniem przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny,
- f) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum, a która zawiera rażąco niską cenę i w związku z tym zaniechanie jej odrzucenia,
- g) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w zakresie

wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa,
h) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie odnośnie oświadczenia Konsorcjum o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
i) oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia protestu.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie Konsorcjum z postępowania, odrzucenie oferty Konsorcjum, powtórzenie badania i oceny ofert, wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp:

Protestujący wskazał, iż do oferty Konsorcjum załączono pełnomocnictwo z dnia 20.04.2009 r., udzielone przez Wojskowe Biuro Studiów Projektów Budowlanych i Lotniskowych (Warszawa), które zostało podpisane jednoosobowo przez Dyrektora Wojskowego Biura Studiów i Projektów Budowlanych i Lotniskowych. Tymczasem na mocy artykułu 50 ust. 2 Ustawy o przedsiębiorstwach państwowych z dnia 25.09.1981 r. (Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 981), zgodnie z brzmieniem którego: „(...) jeżeli czynności prawne, dokonywane przez osoby określone w ust. 1 (tj. Dyrektor, Zastępca Dyrektora, oraz Pełnomocnicy - przyp. wł.), obejmują rozporządzanie prawem, którego wartość przekracza pięć tysięcy złotych, lub czynności te mogą spowodować powstanie zobowiązania przedsiębiorstwa do świadczenia o wartości powyżej pięciu tysięcy złotych, do skuteczności oświadczenia woli wymagane jest współdziałanie co najmniej dwóch osób...”).

W konsekwencji powyższego, w załączonym odpisie KRS członka Konsorcjum - Wojskowe Biuro Studiów Projektów Budowlanych i Lotniskowych - z dnia 12.02.2009 r. w dziale drugim, rubryce pierwszej: „Nazwa organu uprawnionego do reprezentacji podmiotu” wskazane jest, iż do czynności prawnych przytoczonych w wyżej zacytowanym przepisie, wymagany jest również podpis pełnomocnika. Odnosząc powyższe do kwestionowanego dokumentu należy stwierdzić, iż widnieje w nim zapis, z którego wynikać ma uprawnienie do samodzielnej reprezentacji firmy dla dyrektora, pana Andrzeja Kaniaka. W świetle natomiast przytoczonego przepisu art. 50 ust 2 ustawy

4

o przedsiębiorstwach państwowych, oraz wpisu w KRS pan dyrektor Andrzej Kaniak takiego uprawnienia w niniejszym postępowaniu nie posiada. Powyższe oznacza, iż przedmiotowe pełnomocnictwo zostało podpisane przez osobę do tego nieuprawnioną, co zgodnie z art. 104 k.c. skutkuje jego nieważnością. W ocenie Protestującego Konsorcjum przedstawiło wadliwe umocowanie w stosunku do jednego z jego członków, w związku z tym nie było podstaw do skutecznego złożenia dokumentacji przetargowej. A zatem Zamawiający naruszył dodatkowo art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp, ponieważ dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która tak naprawdę nie mogła zostać skutecznie złożona w imieniu wszystkich, wskazanych w niej podmiotów, bowiem zgodnie z brzmieniem wyroku z dnia 15.05.2008 r., o sygn. akt: KIO/UZP 417/08: „(...) oferta złożona bez upoważnienia lub z jego przekroczeniem jest nieważna”.

Odnośnie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 Pzp:

Jednym z dokumentów, których dostarczenia może żądać Zamawiający, jest oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, przy czym jest to oświadczenie, które wykonawcy powinni składać bez wezwania, na mocy samego tylko przepisu Pzp.

Konsorcjum POI złożyło w treści oferty takie oświadczenie. Nie ulega jednak wątpliwości, iż było ono wadliwe. Nie wynikało z jego treści, co zauważył sam Zamawiający, iż obejmuje ono także Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych i Lotniskowych z siedzibą w Warszawie, przy ul. Mokotowskiej 35, a przedsiębiorca działający pod taką firmą i wskazanym adresem siedziby został uwzględniony w formularzu ofertowym jako członek Konsorcjum. Tymczasem w złożonym oświadczeniu widniał zupełnie inny adres oraz miejscowość. Co prawda, w wyniku wezwania do uzupełnień (pismo Zamawiającego z dnia 04.05.2009 r.), Konsorcjum przedstawiło nowe oświadczenie, z uwzględnieniem zastrzeżeń Zamawiającego, niemniej jednak jest ono wadliwe pod innym względem. W jego treści widnieje bowiem data 07.05.2009 r. Tymczasem przepis art. 26 ust. 3 Pzp wyraźnie stanowi, iż: „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać

spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.", co oznacza, że zgodnie z warunkami SIWZ, oświadczenie winno potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień 21.04.2009 r. Ponieważ przepisy Pzp nie przewidują możliwości ponownego wezwania do uzupełnień w zakresie tego samego dokumentu, należy uznać, iż dokument ten nie został przez Konsorcjum POI złożony.

5

Zgodnie z przyjętym w orzecznictwie, od lat jednolitym w tym względzie stanowiskiem, brak złożenia wymaganego oświadczenia stanowi podstawę do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Również przedstawiciele doktryny wskazują, zdaniem Protestującego, iż nie złożenie oświadczenia uzasadnia także twierdzenie o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp). Nie budzi również wątpliwości okoliczność, iż wykluczenie następuje zarówno w przypadku nie złożenia oświadczenia i dokumentów w ogóle, jak i w sytuacji złożenia dokumentów podmiotowych zawierających błędy. (P. Granecki, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz 2009, Legalis).

Zdaniem Protestującego, w świetle powyższego, bezsprzecznie należy stwierdzić, iż zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum, stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W dniu 29.05.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 01.06.2009 r. faxem do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu przystąpiło Konsorcjum POI. Przystępujący wskazał na interes prawny w przystąpieniu wynikający z faktu, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W jego ocenie, czynność badania i oceny oferty Przystępującego została dokonana przez Zamawiającego prawidłowo, tj. zgodnie z przepisami Pzp. Tymczasem poprzez wniesienie przez Protestującego protestu i podniesienie zarzutów dotyczących Przystępującego może stracić on możliwość uzyskania niniejszego zamówienia i zawarcia umowy. Jednocześnie nie zgadza się z zarzutami Protestującego w zakresie żądań w stosunku do Przystępującego i jego oferty oraz wskazuje, że nie zachodzą przesłanki dotyczące wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty opisane w proteście.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 04.06.2009 r. faxem, poprzez jego częściowe oddalenie i częściowe uwzględnienie.

Zamawiający oddalił wszystkie zarzuty oprócz zarzutu dotyczącego wadliwego pełnomocnictwa Konsorcjum POI oraz co do nieprawidłowości w złożeniu oświadczenia przez konsorcjum POI, które uznał za ważne.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wadliwości oświadczenia (załącznik nr 3), Zamawiający podniósł, że oświadczenie przedłożone wskutek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 Pzp nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Przedmiotowy dokument jest datowany na dzień

6

7.05.2009 r., przy czym termin składania ofert był wyznaczony na dzień 21.04.2009 r. Treść art. 26 ust 3 Pzp wprost nakazuje, aby dokumenty przedstawione w uzupełnieniu oferty na skutek wezwania zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp, potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert. Skutkiem zaistniałych okoliczności Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 10 Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą.

Zgodnie z art. 183 ust 5 Pzp Zamawiający wskazał, że wobec Konsorcjum POI dokona czynności wynikających z częściowego uznania w/w zarzutów:

1. Anuluje decyzje o wyborze oferty najkorzystniejszej
2. Wykluczy z postępowania.

3. Dokona ponownej oceny ofert, w tym czynności wskazanych powyżej
4. Dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, po ostatecznym rozstrzygnięciu całości protestu.

W dniu 15.06.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na częściowe oddalenie protestu i jego częściowe uwzględnienie wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, tj. od uwzględnienia zarzutu dotyczącego wadliwości oświadczenia z art. 22 Pzp (załącznik nr 3). Ponieważ Zamawiający protest w części uwzględnił, Odwołujący podtrzymuje żądanie oddalenia w/w zarzutu uwzględnionego w następstwie protestu konsorcjum Sener z protestu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w związku z decyzją Zamawiającego podjętą w rozstrzygnięciu protestu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty, wskutek uznania, że złożone oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert;
- b) innych przepisów wymienionych lub wynikających z treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie decyzji Zamawiającego o uwzględnieniu protestu w zakresie zarzutu dotyczącego oświadczenia z art. 22 Pzp,
- 2) unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznanie Odwołującego za wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu a jego oferty nie podlegającej odrzuceniu,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

7

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w związku z podjęciem przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty, wskutek uznania, że oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, podniósł co następuje.

Po pierwsze, Odwołujący już na etapie składania ofert złożył oświadczenie z art. 22 Pzp, które prawidłowo potwierdzało spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Brak jest zatem podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia Konsorcjum POI z postępowania.

Po drugie, Odwołujący powołał się na zapisy Rozdz. IV SIWZ wskazując na konieczność przedłożenia oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust. 1 Pzp według wzoru, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ

Konsorcjum POI do oferty załączyło żądane oświadczenie według treści załącznika nr 3 do SIWZ. W oświadczeniu tym Odwołujący popełnił oczywistą omyłkę przy wpisywaniu jednego z uczestników Konsorcjum, tj. wpisał nieprawidłowy adres jego uczestnika. Odwołujący w oświadczeniu wpisał: „z siedzibą w Poznaniu przy ul. Niepodległości” zamiast: „z siedzibą w Warszawie przy ul. Mokotowskiej 35”. W ocenie Odwołującego nastąpiła tutaj ewidentna omyłka pisarska podczas wpisywania danych uczestnika Konsorcjum tj. Wojskowego Biura Studiów Projektów Budowlanych i Lotniskowych z siedzibą w Warszawie, przy ul. Mokotowskiej 35. Zamawiający mógł stwierdzić ten fakt poprzez analizę innych dokumentów Konsorcjum POI złożonych wraz z ofertą.

Podniósł, że skład uczestników Konsorcjum POI wynikał z innych złożonych dokumentów, m.in. z formularza oferty, w związku z czym zaistniała pomyłka w oświadczeniu Zamawiający powinien uznać za oczywistą omyłkę pisarską i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający nie dokonał jednak takiej czynności, lecz wezwał wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia. Wobec powyższego uzupełnione, poprawione oświadczenie powinno być oceniane łącznie z oświadczeniem złożonym w dniu składania ofert, ponieważ już pierwotnie złożone wraz z ofertą oświadczenie potwierdzało spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Fakt, że Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia, nie zmienia stanu ważności oświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie. Fakt, że Odwołujący zastosował się do dyspozycji Zamawiającego i sam poprawił omyłkę pisarską w oświadczeniu, nie dyskwalifikuje pierwotnie złożonego oświadczenia jako ważnego i potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu już w momencie złożenia oferty. W ocenie Odwołującego błąd w adresie firmy nie dyskwalifikuje ważności

8

dokumentów i nie powinien być podstawą do ich podważania, jeśli jednoznacznie z nich wynika, o którą firmę chodzi.

W tym miejscu Odwołujący powołuje się na jeden z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), który poprzez analogię powinien znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie, tj. wyrok KIO z dnia 29.09.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 978/08, w którym Izba uznała, brak niektórych oznaczeń, np. „PHU” lub „sp. z o.o.”, nie powinien być podstawą do podważania referencji, jeżeli z innych danych wynika, że kwestionowany dokument dotyczy wskazanego wykonawcy. W przedmiotowej sprawie adres na referencjach jest tożsamy z adresem wynikającym z zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej oraz adresem na pierwszej stronie oferty. Konkurencyjna firma kwestionowała też zaświadczenie z urzędu skarbowego. W nim z kolei podano inny adres przedsiębiorcy, niż wynikało to z ewidencji. KIO zwróciła uwagę, że nazwa przedsiębiorcy oraz jego NIP jednoznacznie wskazują na kogo wystawiono zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami. Jedną z zasad prowadzenia działalności gospodarczej jest wolność wyboru miejsca jej prowadzenia. Zmiana właściwości organów podatkowych nie może powodować podważenia aktualnego statusu wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu z wielu innych dokumentów wynika, jaki był skład Konsorcjum Odwołującego. Należy dodać, że wpisana omyłkowo w oświadczeniu firma z innego adresem nie istnieje, co wyklucza możliwość wstawienia do oświadczenia całkowicie innej firmy prosperującej na rynku, a tym samym dopuszczenie, aby to inna firma złożyła oświadczenie w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia jest konkretne konsorcjum, o jednoznacznie określonym w ofercie składzie. Tym samym fakt złożenia w tej ofercie oświadczenia z art. 22 Pzp przesądza, że tylko i wyłącznie to konsorcjum, nie zaś inne, potwierdziło spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do decyzji Zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu, iż uzupełnione oświadczenie z art. 22 Pzp posiada błędną datę i nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, Odwołujący wskazuje, iż taka interpretacja Zamawiającego jest błędna i wadliwa. Już na samym początku postępowania, w złożonej Zamawiającemu ofercie, zawarte jest oświadczenie o spełnieniu przez Konsorcjum POI warunków udziału w postępowaniu. Ten stan faktyczny i okoliczność ta nie uległa i nie może ulec zmianie w dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie oświadczenie woli zostało złożone przez Konsorcjum POI w prawidłowej dacie. Szczególnego podkreślenia wymaga okoliczność, iż poprawieniu nie uległa treść oświadczenia woli Konsorcjum POI (fakt nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nigdy nie był kwestionowany przez Zamawiającego), lecz jedynie oczywista omyłka, tj. adres jednego z konsorcjantów. Zatem, zdaniem Odwołującego, ani Zamawiający, ani też

9

Konsorcjum Sener, nie mają jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych do twierdzenia, że Konsorcjum POI nie potwierdziło spełnienia warunków udziału na dzień złożenia oferty.

Dodatkowo zaznaczył, że Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu (vide: art. 6 Kc) na okoliczność, iż Konsorcjum POI nie spełniło warunków udziału w postępowaniu. Sam fakt uzupełnienia oświadczenia z art. 22 Pzp w dacie 7.05.2009 nie stanowi o nie spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, albowiem - jak już wykazano powyżej - oświadczenie woli o spełnieniu warunków zostało już złożone pierwotnie w ofercie, zaś fakt spełniania przez Konsorcjum POI warunków udziału w postępowaniu nigdy nie uległ zmianie.

Kopię treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (faxem).

W dniu 17.05.2009 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum Sener (faxem) kopię

odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego Konsorcjum Sener przystąpiło dnia 30.06.2009 r. (wpływ bezpośredni) po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W opinii Konsorcjum Sener zarzut podniesiony w odwołaniu jest chybiony. W tym zakresie podtrzymuje twierdzenia zawarte w proteście.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, się z przedmiotowego zapoznaniu dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią odpowiedzi na pytanie nr 4 (pismo z dnia 16.03.2009 r.), treścią spornej oferty, wezwaniem do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przedłożonym w ramach uzupełnienia przez Odwołującego oświadczeniem z art. 22 Pzp, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do protestu, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz przystąpieniu do odwołania, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a którego wykluczenie z udziału w postępowaniu zapowiedział Zamawiający, jako skutek częściowego uwzględnienia protestu, w ramach ponownego badania i oceny ofert,

10

w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i podtrzymanie pierwotnego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów stwierdzić należy, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w związku z decyzją Zamawiającego podjętą w rozstrzygnięciu protestu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty, wskutek uznania, że złożone oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego innych przepisów wymienionych lub wynikających z treści uzasadnienia odwołania, Izba uznaje w/w zarzuty za niezasadne.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Rozdz. IV: „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONANIA OCENY SPEŁNIENIA TYCH WARUNKÓW” pkt 1-2 określił, że:

„W przetargu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy złożą ważną i odpowiednią ofertę oraz:

a) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,

b) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia (w przypadku Wykonawców występujących wspólnie niniejsze warunki będą oceniane łącznie),

c) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia,

d) nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 PZP, (.....)

j) oświadczają, że spełniają warunki określone w art. 22 PZP ust. 1 oraz że nie podlegają

wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 PZP,
(...) Sprawdzenie w/w warunków udziału w postępowaniu odbywać się będzie na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń wg zasady spełnia / nie spełnia”.

11

W ramach Rozdz. V: „WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ POZOSTAŁYCH WYMAGANYCH DOKUMENTÓW” Zamawiający wymienił: „1. Wypełniony i podpisany formularz oferty wg ZAŁĄCZNIKA NR 1 do SIWZ. 2. Wypełniony i podpisany formularz wyceny opracowania dokumentacji projektowej wg ZAŁĄCZNIKA NR 2 do SIWZ. 3. Oświadczenie o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy wg ZAŁĄCZNIKA NR 3 do SIWZ. (w przypadku wykonawców występujących wspólnie oświadczenie podpisuje każdy z wykonawców lub ich pełnomocnik) (...)”

9.2. W przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, dokumenty wymienione punkcie 5 litera a-e i w punkcie 7 winien dołączyć każdy podmiot występujący wspólnie.

Oświadczenie wymienione w punkcie 3 Wykonawcy mogą złożyć wspólnie na jednym dokumencie lub każdy z nich na odrębnym dokumencie w zakresie spełnianych przez nich warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy PZP”.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 4 (pismo z dnia 16.03.2009 r.): „(...) Oświadczenie wymienione w punkcie 3 Wykonawcy mogą złożyć wspólnie na jednym dokumencie lub każdy z nich na odrębnym dokumencie w zakresie spełnianych przez nich warunków określonych w art. 22 ust.1 ustawy PZP. Czy w związku z powyższym pozostałe dokumenty i oświadczenia, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz pozostałe wymagane dokumenty złożone przez jeden z podmiotów występujących wspólnie, spełnia warunki udziału w postępowaniu” stwierdził, że: „(...) Oświadczenie z art.22 (Załącznik nr 3) może zostać podpisane przez pełnomocnika lub wszystkich wykonawców na jednym załączniku, lub na wielu dokumentach oddzielnie (w przypadku złożenia wielu oświadczeń na każdym z oświadczeniu należy wskazać nazwy wszystkich z wykonawców z zastrzeżeniem iż oświadczenie dotyczy jednego z wykonawców)”.

Odwolujący w ramach złożonej oferty (str. 4-6) złożył oświadczenia o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy wg ZAŁĄCZNIKA NR 3 do SIWZ przez wszystkich konsorcjantów. W jednym z oświadczeń (str. 4 oferty) złożonym przez jednego z konsorcjantów (Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o. o.) będącego liderem konsorcjum POI wskazano, iż: „Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o. o. (...) występujący wspólnie z Wojskowym Biurem Projektów Budowlanych z siedzibą w Poznaniu przy ul. Niepodległości (...) Oświadczamy (...)”. Natomiast w złożonej ofercie (w formularzu ofertowym – str.1 oferty) wskazano, że ofertę składa Wykonawca Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o. o. występujący wspólnie m.in. z Wojskowym Biurem Projektów Budowlanych i Lotniskowych z siedzibą w Warszawie, przy ul. Mokotowskiej 35.

12

Zamawiający pismem z dnia 04.05.2009 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia, w odniesieniu do niniejszego oświadczenia, czyli przedstawienia nowego dokumentu oświadczenia. Wskazał, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie 4, niniejsze oświadczenie winno wskazywać wszystkich wykonawców występujących wspólnie. Zaś oświadczenie, jak stwierdził podpisane przez lidera wskazuje na Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych z siedzibą w Poznaniu przy al. Niepodległości, a nie w Warszawie przy ul. Mokotowskiej, zgodnie z adresem w formularzu ofertowym. Wymagał także, aby uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnienie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W ramach uzupełnienia (pismo z dnia 11.05.2009 r.) Odwołujący złożył oświadczenie z uwzględnieniem zastrzeżeń Zamawiającego z datą 07.05.2009 r.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że bezspornie złożony wraz z ofertą załącznik nr 3

był niezgodny z odpowiedzią na pytanie 4 (pismo z dnia 16.03.2009 r.). Przy czym owa niezgodność nie miała charakteru omyłki, czy też niedokładności tylko w ramach wskazania adresu jednego z konsorcjantów. Izba wskazuje, że w ramach pierwotnego oświadczenia jest mowa nie o Wojskowym Biurze Projektów Budowlanych i Lotniskowych z siedzibą w Warszawie, przy ul. Mokotowskiej 35, ale o Wojskowym Biurze Projektów Budowlanych z siedzibą w Poznaniu przy ul. Niepodległości. Z niniejszego wynika, że niedokładność odnosiła się także do nazwy podmiotu wymienionego w treści oświadczenia, jako członka Konsorcjum POI, czyli oświadczenie dotyczyło innego Wykonawcę niż ten który złożył ofertę. Powyższe potwierdza także wydruk ze strony internetowej przedłożony przez Zamawiającego na rozprawie, przy czym Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie tej okoliczności, co w ocenie Izby pozwoliło przyjąć za prawdziwe istnienie takiego podmiotu.

Po drugie, wnioskowane podczas rozprawy przez Odwołującego nakazanie Zamawiającemu w ramach ponownego badania i oceny ofert wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień nie spełniłyby swojej roli, gdyż nie można poprzez wyjaśnienie jednego oświadczenia zastąpić je kolejnym.

Po trzecie, Izba wskazuje, że w ramach wezwania do uzupełnienia pismem z dnia 04.05.2009 r., Zamawiający wymagał, aby uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnienie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wobec powyższego bezsprzecznie było wymagane, aby uzupełnione oświadczenie potwierdzało spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W związku z powyższym, Izba nie może uznać, że uzupełnione oświadczenie czyni zadość art. 26 ust. 3 Pzp, wyrażonemu jednoznacznie w piśmie z dnia 04.05.2009 r. W tym miejscu, Izba

13

wskazuje, że wobec faktu, że pierwotne oświadczenie zawierało oznaczenie jako członka Konsorcjum POI innego z nazwy konsorcjanta niż wymieniony w formularzu ofertowym i innych dokumentach dołączonych do oferty, nie może być ono rozpatrywane łącznie z uzupełnionym oświadczeniem prawidłowym pod tym względem. W rezultacie wymagane oświadczenie zostało złożone dopiero w ramach uzupełnienia, jednakże nie potwierdzało spełniania warunków udziału na dzień składania oferty. Jediną datą w dokumencie jest data jego podpisania, tj. 07.05.2009 r.

Po czwarte, Izba podnosi, odnosząc się do argumentacji Odwołującego podniesionej na rozprawie, że biorąc pod uwagę odpowiedź na pytanie nr 4 (pismo z dnia 16.03.2009 r.), lider Konsorcjum POI, działając jako pełnomocnik złożyłby prawidłowo w ofercie sporne oświadczenie, gdyby nie wymieniał pozostałych konsorcjantów. Skoro to uczynił z uwagi na wymienienie zupełnie innego podmiotu *de facto* złożył oświadczenie jako zupełnie inny Wykonawca, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, który nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu.

Reasumując zatem należy wskazać, iż uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia mogą być wystawione po upływie terminu składania ofert, ale ich treść powinna potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Izby, oświadczenie złożone w ramach uzupełnienia złożonej oferty nie potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Podstawą powyższego twierdzenia, jest okoliczność, że uczestnik postępowania złożył oświadczenia dopiero w wyniku uzupełnienia, przy czym z jego treści nie wynika, że warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione na dzień składania ofert, w szczególności wobec treści wezwania Zamawiającego o uzupełnienie dokumentu, z którego wynika, że uzupełnione dokumenty mają potwierdzać spełnianie warunków na dzień składania ofert.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

14

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....