

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Barbara Bettman
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02.04.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**BUDOSTAL - 5**” S.A., 31-587 Kraków, ul. **Na Załączu 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Krakowski Zarząd Komunalny w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53 F** protestu z dnia 07.03.2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża „BUDOSTAL - 5” S.A., 31-587 Kraków, ul. Na Załączu 1.
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**BUDOSTAL - 5**” S.A., 31-587 Kraków, ul. **Na Załączu 1**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 963 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**BUDOSTAL - 5**” S.A., 31-587 Kraków, ul. **Na Załączu 1.**

2

Uzasadnienie

Krakowski Zarząd Komunalny 31-586 Kraków ul. Centralna 53 F zwany dalej „Zamawiającym” opublikował ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn” Prace remontowe w zakresie drogowym na terenach zieleni Gminy Miejskiej Kraków, z uwzględnieniem zadań powierzonych i priorytetowych Dzielnic I -XVIII” sprawa: 27/II/2008 w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 04.02.2008r. pod numerem 23365-2008.

Pismem z dnia 06.03.2008r. Tp/879/2008 „BUDOSTAL -5” S.A. 31- 587 Kraków ul. Na Załączu 1 działający w imieniu konsorcjum wykonawców „BUDOSTAL -5” S.A. w Krakowie i POLCOURT SA, 01-510 Warszawa ul.Gen. Zajączka 11 lok.C7 zwany dalej „Odwołującym” złożył protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiającego zwanych dalej „SIWZ” to jest z naruszeniem art.89 ust.1 ustawy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223 poz. 1655) zwaną dalej „ustawą” oraz naruszeniem interesów prawnych odwołującego i złamaniem

zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący zażądał :

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty Konsorcjum wykonawców : SAMBUD Usługi Ogólnobudowlane Józef Paryl, Węglówka 72, 32-412 Wiśniowa zwane dalej "SAMBUD" oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, 41- 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2, reprezentowane przez SAMBUD,
1. odrzucenie oferty Konsorcjum firm reprezentowanych przez SAMBUD,
2. dokonanie ponownej oceny ofert,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący oświadczył, że o decyzji Zamawiającego został powiadomiony pismem z dnia 05.03.2008r. Nr KZK/R/0048/08/NZ/6931.

Umowa konsorcjum wraz z pełnomocnictwem dla wykonawcy SAMBUD nosi datę 22.02.2008r., a gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona w dniu 19.02.2008r.

została do o nr 250001010619

stanowiąca wadium w postępowaniu, wniesiona

Zamawiającego w dniu 21.02.2008r.

Firma SAMBUD samodzielnie nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W tym stanie rzeczy Odwołujący ma podstawy do złożenia protestu.

3

Zamawiający pismem z dnia 10.03.2008r. KZK/R/0048/08/NZ/8057 protest oddalił. W uzasadnieniu stwierdził, że w jego ocenie wadium zostało złożone prawidłowo. Bowiem wadium może wnieść każdy z członków konsorcjum w tym pełnomocnik (lide) konsorcjum pod warunkiem, że wadium jest oznaczone do konkretnego postępowania, umożliwia skuteczne z niego skorzystanie oraz, żeby było wniesione przed terminem składania ofert . Termin składania ofert wyznaczono na dzień 25.02.2008r.

Istotne dla Zamawiającego jest aby wadium zabezpieczało ofertę na cały okres związania ofertą , co czyni wniesione wadium na okres od 25.02.2008r. do 26.03.2008r.

Pełnomocnictwo z dnia 22.02.2008r. upoważnia firmę SAMBUD do podpisania i złożenia oferty wraz z załącznikami, a także do wniesienia wadium.

W ocenie Zamawiającego wadium zostało wniesione prawidłowo.

Zarzut nie spełnienia przez wykonawcę SAMBUD samodzielnie warunków udziału w postępowaniu co do doświadczenia, wiedzy jest bezprzedmiotowy, ponieważ oferta została złożona przez konsorcjum wykonawców. W tym przypadku ocena spełnienia warunków dokonywana jest przy założeniu, że wystarcza aby jeden z wykonawców konsorcjum, a nie każdy z nich, warunki spełniał.

W tym stanie rzeczy Zamawiający będąc zobowiązany do racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi, podtrzymuje wybór najtańszej oferty.

Pismem z dnia 14.03.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wnosząc i wywodząc jak w proteście. Odwołujący doprecyzował zarzuty wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 i art.45 ustawy poprzez wybór oferty niezabezpieczonej wadium oraz naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez nie spełnienie przez wykonawcę SAMBUD wymagań SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podtrzymał wszystkie żądania zawarte w proteście.

W uzasadnieniu Odwołujący podtrzymał argumentację formalno – prawną zawartą w proteście. Dodatkowo wskazał, że w przypadku składania oferty przez konsorcjum wykonawców, w dokumencie wadialnym, powinny być wskazane podmioty w imieniu, których jest wnoszone wadium. W przedmiotowej sprawie dokument wadialny wskazywał tylko wykonawcę SAMBUD, a wskazanie wykonawców tworzących konsorcjum było niemożliwe z uwagi na to, że umowa konsorcjalna i pełnomocnictwo dla wykonawcy SAMBUD było udzielone po dacie wystawienia wadium oraz po wniesieniu wadium do Zamawiającego. Tak więc dokument wadialny nie mógł być przez Zamawiającego zakwalifikowany na rzecz konsorcjum wykonawców reprezentowanych przez SAMBUD.

Odwolujący podniósł także, że wystawca wadium, w którym nie wskazano wszystkich wykonawców może uniknąć konieczności zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji

i przywołał na to twierdzenie Komentarz do Prawa zamówień publicznych autorstwa Jerzego Pieroga wydanie 2007r.

Reasumując w ocenie Odwołującego gwarancja została złożona przez podmiot nie będący członkiem konsorcjum, które powstało później niż wystawienie dokumentu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej i jego złożenie u Zamawiającego.

Tak złożone wadium może zabezpieczać ofertę tylko SAMBUD, a nie konsorcjum, a SAMBUD indywidualnie nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

Na podstawie przedłożonej dokumentacji przetargowej postępowania, protestu, rozstrzygnięcia protestu, odwołania, oferty konsorcjum wykonawców reprezentowanych przez SAMBUD oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie ustalono co następuje.

Wykonawca SAMBUD reprezentujący konsorcjum wykonawców SAMBUD Usługi Ogólnobudowlane Józef Paryl, Węglówka 72, 32 - 412 Wiśniowa oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT, 41- 300 Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2 dokonał w następujących terminach czynności :

1. złożył wadium do Zamawiającego w dniu 21.02.2008r. w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która została wystawiona w dniu 19.02.2008r.
2. uzyskał pełnomocnictwo wystawione przez konsorcjum wykonawców w dniu 22.02.2008r.
3. W terminie wskazanym do złożenia oferty, konsorcjum reprezentowane przez SAMBUD złożyło ofertę.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 25.02.2008r.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wadium należało wnieść przed terminem składania. Wadium wnoszone w formie innej niż pieniężna należało złożyć w formie oryginału w kasie Zamawiającego w Krakowie, ul. Centralna 53 przed terminem składania ofert. Natomiast do oferty należało załączyć kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W myśl postanowień SIWZ – Część IV pt wymagane oświadczenia i dokumenty wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia oświadczeń i dokumentów wymienionych w poz. pod literami: a,b,c,d,e,f,g,h,i,j między innymi w poz. pod lit. j: dowodu wniesienia wadium.

W tejże Części IV SIWZ w pkt 3 zamieszczono zapis " W przypadku wykonawców składających wspólną ofertę, każdy z wykonawców musi złożyć dokumenty wymienione w pkt 1 lit. a,b,c,d,e oraz h. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego."

Zapisy SIWZ nie regulowały w sposób indywidualny wymagań co do sposobu złożenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jedynie z uregulowań powyżej przedstawionych należy wywieść, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie musi każdy z nich przedkładać wadium.

Wykonawca SAMBUD reprezentujący w postępowaniu konsorcjum przedstawił wadium wystawione na jego firmę, składając jego oryginał bezpośrednio w kasie Zamawiającego w dniu 21.02.2008r., po czym jego kopię załączył do oferty składanej wspólnie w ramach konsorcjum wykonawców.

Z dokumentacji przetargowej wynika, że złożono dwie oferty to jest Odwołującego i konsorcjum wykonawców reprezentowanych przez SAMBUD.

Wykonawca SAMBUD indywidualnie nie składał oferty.

Odwołujący w proteście oraz w odwołaniu zakwestionował ważność złożonego

wadium przez SAMBUD z następujących powodów :

1. dokument wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej został wystawiony i złożony do Zamawiającego przez SAMBUD przed udzieleniem jemu pełnomocnictwa do reprezentacji konsorcjum.
2. dokument wadium został wystawiony na wykonawcę SAMBUD, a nie na konsorcjum.

Zdaniem z kolei Zamawiającego powyższe okoliczności nie mają żadnego znaczenia w zakresie oceny ważności złożonego wadium.

Zgodnie z art.23 ust.2 ustawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 45 ust.3 ustawy wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

W związku z przywołaniem przez Odwołującego poglądu komentatora Jerzego Pieroga, zgodnie z którym brak wskazania wykonawców wchodzących w skład konsorcjum w dokumencie wadialnym:

1. powoduje trudność w przypisaniu wadium do konkretnej oferty,
2. wystawca wadium może odmówić zapłacenia kwoty z wadium,

6

należy wskazać także na jedno z orzeczeń Zespołu Arbitrów przy UZP Sygn. akt UZP/ZO/0-1626/06 z dnia 08.06.2006r. „przywołanych przez Odwołującego, zgodnie z którym, załączone do oferty wadium w formie gwarancji bankowej powinno zostać wystawione na wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W doktrynie i orzecznictwie utrwalił się również odmienny pogląd na przykład w komentarzu Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz ustawy Prawo zamówień publicznych LEX 2007 wyd.I stan prawny na dzień 12.10.2007r., który cytuje się poniżej.

„Kolejną kwestię istotną w przypadku konsorcjów jest sposób wnoszenia wadiów.

Ukształtowane orzecznictwo zespołu arbitrów wskazuje na możliwość wniesienia wadiów przez jednego z konsorcjantów, w postaci gwarancji lub poręczenia wystawionych na tego konsorcjanta. W części wyroku – np. wyroku z dnia 17 stycznia 2006 r. (UZP/ZO/0-46/06) uzależniono jednak skuteczność wadium wystawionego na jednego z konsorcjantów od uprzedniego – wobec daty dokumentu wadialnego – zawarcie umowy konsorcjum. Za pełniejszy należy jednak przyjąć pogląd wyrażony w wyroku z dnia 7 czerwca 2006 r. (UZP/ZO/0-1603/06), zgodnie z którym to nie wyłącznie data wystawienia dokumentu wadialnego, ale całokształt okoliczności związanych ze złożeniem oferty przesądza o prawidłowości złożenia wadium wystawionego na jednego z konsorcjantów. We wspomnianej sprawie orzeczono, że jeśli z umowy konsorcjum wynika obowiązek wniesienia wadium przez podmiot będący pełnomocnikiem wykonawców, a pełnomocnictwo obejmuje również podpisanie umowy, to wadium opiewające na pełnomocnika w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego”.

Na poparcie słuszności stanowiska Zamawiającego przedstawione zostają poniżej następujące orzeczenia Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych:

1. **UZP/ZO/0-229/07** wyrok ZAUZP z dnia 13.03.2007r. LEX nr 286147 Przepis art. 23 p.z.p. nie nakłada na wykonawców obowiązku wnoszenia wadium przez każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. 2. Oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, pomimo iż w jej treści uwidocznił się został tylko jeden z uczestników konsorcjum.
2. **UZP/ZO/0-2823/06** wyrok ZA UZP z dnia 28.11.2006r. LEX nr 250623 Nie jest możliwe ogólnej tezy, iż wadium w postaci gwarancji sformułowanie ubezpieczeniowej, obejmującej tylko jednego członka Konsorcjum, jest wniesione wadliwie. Kwestia ta nie jest regulowana przez przepisy p.z.p., ani ustawy ubezpieczeniowe. Każdorazowo dokument gwarancji winien być badany ad casu i to

7

z jego treści wynikać będzie w jakiej sytuacji ubezpieczyciel jest zobligowany do realizacji swojego zobowiązania.

3. UZP/ZO/0-1337/06 wyrok ZA UZP z dnia 12.05.2006r. Wadium jest to pewna wartość majątkowa, którą Zamawiający żąda od podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w celu zabezpieczenia swoich interesów. Celem wadium jest zabezpieczenie Zamawiającego przed uczestniczeniem w postępowaniu wykonawców, którzy nie są zainteresowani zawarciem umowy. W zasadzie nie jest ważne, kto wnosi wadium. Istotne jest, że zabezpiecza określoną ofertę.
4. UZP/ZO/0-2458/06 wyrok ZA UZP z dnia 13.09.2006r. W sytuacji, gdy z pełnomocnictwa i umowy konsorcjum wyraźnie wynika, że lider konsorcjum jest uprawniony do złożenia wadium w postępowaniu, dla skuteczności złożenia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie jest koniecznym wymienienie w jej treści obok pełnomocnika – lidera, również drugiego uczestnika konsorcjum. Czynności dokonane przez pełnomocnika w granicach umocowania pociągają za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego.
5. KIO/UZP 1456/07 z dnia 02.01.2008r. W przypadku braku prawidłowego pełnomocnictwa – ofertę można byłoby uznać za prawidłowo złożoną – gdyby została podpisana przez każdego z członków konsorcjum.

Skład orzekający Izby dokonując samodzielnie oceny przedmiotowej sprawy, orzekając o oddaleniu wniesionego odwołania, zważył następujące okoliczności faktyczno-prawne w sprawie.

Z przedłożonej na rozprawie oferty wynika, że :

1. formularz ofertowy konsorcjum wykonawców SAMBUD Józef Paryl i GRETASPORT Ilona Stańczyk został podpisany przez obydwu wykonawców z datą 25.02.2008r.
2. Załączona do oferty kopia gwarancji ubezpieczeniowej wystawiona jest na wykonawcę SAMBUD Józef Paryl z datą 19.02.2008r. na przedmiotowe postępowanie na rzecz Zamawiającego, określa warunki realizacji stosownie do art. 46 ust.1 ustawy z zobowiązaniem wypłaty kwoty wadialnej na pierwsze pisemne wezwanie Zamawiającego,
3. załączone pełnomocnictwo dla SAMBUD Józef Paryl od GRETASPORT Ilona Stańczyk pochodzi z dnia 22.02.2008r. i obejmuje między innymi upoważnienie SAMBUD do wniesienia wadium.

8

W ocenie składu orzekającego Izby te okoliczności stanowią o tym, że wykonawca SAMBUD reprezentujący konsorcjum wykonawców: SAMBUD i GRETASPORT w sposób skuteczny prawnie wniósł w imieniu konsorcjum wadium w dniu 21.02.2008r do Zamawiającego, które zostało wystawione w dniu 19.02.2008r pomimo, że pełnomocnictwo do jego wniesienia zostało podpisane w dniu 22.02.2008r.

Bowiem zgodnie z wyżej cytowanym art. 23 ust. 2 i art. 45 ust. 3 ustawy oddzielnymi kwestiami są udzielenie pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu, a innym zagadnieniem obowiązek wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert.

W myśl obowiązujących przepisów nie ma odrębnej regulacji co do posiadania pełnomocnictwa do wniesienia wadium w przypadku konsorcjum wykonawców. Istnieje jeden obowiązek zarówno dla wykonawców indywidualnie składających ofertę, jak i dla wykonawców składających ofertę w ramach konsorcjum, do złożenia wadium do Zamawiającego przed upływem składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy).

Odrębna regulacja istnieje dla wykonawców wspólnie składających ofertę, ale w zakresie obowiązku określenia pełnomocnika działającego w ich imieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 23 ust.2 ustawy). W tym zakresie konsorcjum wykonawców wywiązało się składając w dniu 25.02.2008r. przy ofercie pełnomocnictwo udzielone w dniu 22.02.2008r., w którym potwierdzono upoważnienie dla SAMBUD wniesienia do Zamawiającego wadium.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ma jakichkolwiek podstaw formalno – prawnych do uznania, że wniesione wadium, przed udzielonym pełnomocnictwem objęte jest nieważnością z powodu, iż pełnomocnictwo do reprezentacji wystawiono po wniesieniu wadium.

W trakcie rozprawy ustalono również, że wykonawca SAMBUD nie składał oferty indywidualnie, a tylko w ramach konsorcjum wykonawców. W związku z tym nie ma jakiegokolwiek wątpliwości do której oferty złożone wadium przypisać, tym bardziej, że zgodnie z SIWZ wykonawca miał obowiązek do oferty załączyć kopię dokumentu wadium, co reprezentujący konsorcjum wykonawców SAMBUD uczynił. Natomiast są nieuzasadnione obawy co o odmowy realizacji wadium wobec jednoznacznych w nim sformułowań, że na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego wystawca dokumentu wadium, wykona zobowiązanie pieniężne w nim określone. Konsorcjum firm nie stanowi podmiotu, a jedynie zobowiązanie umowne, więc wniosek przez ubezpieczyciela nie został by przyjęty z uwagi na brak podmiotowości prawnej konsorcjum.

Ponadto należy wskazać, że w ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie wykonawca wybrany to jest SAMBUD reprezentujący konsorcjum

9

wykonawców naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy to jest w jakim zakresie treść jego oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby nie stwierdził po stronie Zamawiającego przez czynność wyboru najkorzystniejszej oferty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 i art.45 ustawy poprzez wybór oferty nie zabezpieczonej wadium, ponieważ wadium zostało złożone w sposób ważny pod względem prawnym oraz nie stwierdził naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez nie spełnienie przez SAMBUD wymogów SIWZ dotyczących wiedzy i doświadczenia, ponieważ SAMBUD nie składał indywidualnie oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, oraz na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

10