

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 25 sierpnia 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, 03-194 Warszawa, ul. Zarzecze 13b** protestu /protestów * z dnia 23 lipca 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17,**
- 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego S.A., 03-199 Warszawa, ul. Modlińska 17.**

Uzasadnienie

Zamawiający Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na zabezpieczenie skarpy w Wyszogrodzie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 30.05.2008 roku pod numerem 114782-2008.

W wyniku powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 18.07.2008 roku protest z zachowaniem terminu ustawowego (w dniu 23.07.2008 roku) wniosło Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A.. Protestujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego: HYDROTECHNIKA - Colcrete-von Essen Sp. z o. o. w Szczecinie,

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) a Zamawiający ponowił czynność badania i oceny ofert przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 3 oraz art. 183 ust. 5 pkt 2 i art. 85 ust. 1 Pzp Protestujący domagał się od Zamawiającego: powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia KONSORCJUM z postępowania i odrzucenie złożonej przez nie oferty, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Protestującego i unieważnienie dotychczas dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu. Wobec braku rozstrzygnięcia zachowując termin ustawowy stosownie do dyspozycji art. 183 ust. 1 pkt 3 oraz warunek przekazania kopii Zamawiającemu, Przedsiębiorstwo Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A. w dniu 6.08.2008 roku wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Ponawiając zarzuty i żądania zawarte w proteście (z wyłączeniem zarzutu dotyczącego dokonania ponownego badania i oceny ofert przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu) Odwołujący się wskazał, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu KONSORCJUM oświadczyło, że do wykonania robót pogłębiarskich i wykonywania nasypów zatrudni podwykonawcę - firmę EMO BACZEWSKY, która jest właścicielem pogłębiarki ssąco - refulującej o wydajności 400 m³ h – sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia. Natomiast w ofercie KONSORCJUM zadeklarowało samodzielne wykonanie zamówienia. Powoduje to brak spójności między wnioskiem a ofertą, zawierającą informacje nieprawdziwe (niejednoznaczne). Składając ofertę Konsorcjum nie dysponowało pogłębiarką ssąco - refulującą, zatem nie spełniało warunków udziału w postępowaniu. Nie dokonując wykluczenia Konsorcjum z postępowania Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wzmacniając argumentację Odwołujący się wskazał, że porozumienie przedstawione przez Konsorcjum w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień, zgodnie z którym pogłębiarka zostanie wynajęta przez EMO BACZEWSKY jest niespójne z wnioskiem, gdyż ten przewiduje wykonanie tych prac przez podwykonawcę. Odwołujący się podniósł również, że oferta Konsorcjum jest merytorycznie niezgodna z siwz. Odwołujący się wskazał dodatkowo pismo Urzędu Morskiego w Gdyni z dnia 28.07.2008 roku informujące, że powodem wypowiedzenia umowy zawartej przez Urząd z konsorcjum

3

z udziałem Colcrete – von Essen GmbH & Co. KG były przyczyny leżące po stronie wykonawcy, w tym małe tempo prac. Odwołujący się na podstawie pisma skierowanego do Prezesa UZP z dnia 28.07.2008 roku zarzucił również Zamawiającemu prowadzenie niedozwolonych negocjacji dotyczących oferty z pełnomocnikiem KONSORCJUM prowadzących do zmiany treści oferty. Odwołujący się podniósł, że obecnie sanowanie braków oferty nie jest możliwe z uwagi na treść art. 87 ust. 1 Pzp gdyż nie ma możliwości dokonania zmiany treści oferty w ten sposób, aby umożliwić wykonanie zamówienia z udziałem podwykonawców, ani też uzupełnienia treści oferty o umowę dotyczącą wymaganego sprzętu.

Pismem z dnia 19.08.2008 roku Zamawiający ustosunkował się do zarzutów odwołania. Zamawiający wskazał, że kopia odwołania otrzymana przez niego w dniu 6.08.2008 roku różni się nieznacznie od odwołania wniesionego do Prezesa UZP. Kopię tę Zamawiający otrzymał 7.08.2008 roku, a więc po terminie wniesienia odwołania. Zamawiający wskazał również, że Konsorcjum mimo rezygnacji z posłużeniu się podwykonawcą przy realizacji zamówienia dysponuje wymaganym przez Zamawiającego sprzętem. Zdaniem Zamawiającego przekazanie kopii porozumienia dotyczącego wynajmu pogłębiarki ssąco-refulującej z dnia 5.06.2008 roku wraz z przystąpieniem do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu nie narusza prawa. Przepisy nie narzucają formy składania wyjaśnień, o których mowa w art. 26 ust. 4 Pzp, nie wymagał tego również Zamawiający wzywając do ich udzielenia. Zarzut dotyczący nieprawdziwych informacji jest gołosłowny i nie został przez Odwołującego się udowodniony na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 1.08.2008 roku. Zamawiający przeczył również twierdzeniom Odwołującego się o niedozwolonych negocjacjach (gdyż przebieg zdarzeń w postępowaniu był opisany jawnie oraz nie doprowadził on do zmiany treści złożonej oferty) oraz o sugerowaniu przy wezwaniu

do wyjaśnień mającej zostać udzielonej odpowiedzi. Pismo z Urzędu Morskiego w Gdyni nie ma znaczenia dla sprawy, gdyż o udzielenie zamówienia publicznego ubiega się Konsorcjum w innym składzie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego się kosztami postępowania.

Na podstawie dowodu z dokumentacji akt sprawy, akt sprawy KIO/UZP 747/08, oryginałów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oryginałów ofert oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników na rozprawie Izba ustaliła, co następuje:

W pkt III.2. 10) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał przedłożenia dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu wykazu sprzętu niezbędnego do realizacji

4

zamówienia będącego w dyspozycji wykonawcy lub przewidywanego do pozyskania z innych źródeł (ze wskazaniem tego źródła), a w szczególności m.in.:

- pogłębiarki ssąco - refulujące o wydajności min. 300 m³/h,
- spycharki o mocy 76 kW.

KONSORCJUM składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazało (str. 46 wniosku), że do wykonania robót pogłębiarskich i wykonywania nasypów zatrudni podwykonawcę - EMO BACZEWSKY Sp. j.. W wykazie wymaganego sprzętu KONSORCJUM wykazało (str. 95 wniosku) pogłębiarkę ssąco - refulującą o wydajności 400m³/h oraz spycharkę o mocy 76 kW których właścicielem jest EMO BACZEWSKY Sp. j. W ofercie KONSORCJUM nie wskazało, że zamierza powierzyć podwykonawcy jakąkolwiek część prac objętych przedmiotem zamówienia (wykreślony pkt 5 formularza ofertowego – str. 1 oferty).

Uznając protest Odwołującego się z dnia 15.07.2008 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez KONSORCJUM i w dniu 17.07.2008 roku wezwał je do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 22.07.2008 roku, w których wykonawca miał wskazać, czy wobec rezygnacji z udziału podwykonawców wymagany sprzęt zostanie udostępniony przez EMO BACZEWSKY lub zostanie pozyskany od innego podmiotu.

KONSORCJUM udzieliło wyjaśnień przystępując do postępowania toczącego się wyniku wniesienia protestu (w treści przystąpienia) i załączyło porozumienie zawarte między wykonawcami tworzącymi KONSORCJUM a EMO BACZEWSKY Sp. j. zgodnie z którym, w razie wygrania przetargu przez KONSORCJUM spycharka i pogłębiarka zostaną zabezpieczone przez EMO BACZEWSKY na rzecz KONSORCJUM.

W dniu 18.07.2008 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez KONSORCJUM.

Izba odmówiła mocy dowodowej pismu Urzędu Morskiego w Gdyni z dnia 28.07.2008 roku, gdyż nie dotyczy ono KONSORCJUM - wykonawcy w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp, biorącego udział w niniejszym postępowaniu oraz nie odnosi się do okoliczności faktycznych objętych zarzutami protestu i odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący się złożył ofertę ocenioną przez Zamawiającego jako druga w jedynym kryterium ceny i oprócz KONSORCJUM jest jedynym wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W razie potwierdzenia podnoszonych zarzutów Odwołujący się ma możliwość uzyskania zamówienia.

5

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

Przetarg ograniczony jest postępowaniem dwuetapowym. Zgodnie z art. 47 Pzp wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego składają wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych wraz wnioskiem dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez

wykonawców. Wykonawcy spełniający warunki zostają zaproszeni do składania ofert zgodnie z art. 51 Pzp.

Sprzeczne z wykładnią literalną wskazanych przepisów byłoby przyjęcie, że wniosek o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu i dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym dla wykazania potencjału technicznego, stanowią część oferty. Zgodnie z art. 47 i 50 Pzp stanowią one jedynie podstawę oceny poprzedzającej wystosowanie zaproszenia do składania oferty. Dopiero oferta złożona w odpowiedzi na zaproszenie Zamawiającego i w terminie wskazanym w siwz stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy na warunkach wskazanych w ofercie wypełniające dyspozycję art. 66 k.c. i podlegające ocenie formalnej stosownie do art. 89 ust. 1 Pzp.

Nietrafnie podnosi Odwołujący się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeśli jej treść nie odpowiada treści siwz. Treść oferty to opis świadczenia wykonawcy, które zobowiązuje się wykonać jeśli zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, treść siwz to opis potrzeb i wymagań Zamawiającego w szczególności zawartych jako opis przedmiotu zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znajduje zastosowania w sprawie. Okoliczność, czy KONSORCJUM dysponuje wymaganym potencjałem technicznym oraz sposób dysponowania sprzętem nie odnosi się do treści oferty. Zakres świadczenia KONSORCJUM będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie i jego zgodność z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w przedmiocie zamówienia nie została podważona przez Odwołującego się. W ocenie Izby nie można tu mówić również o zmianie sposobu spełnienia świadczenia w rozumieniu art. 140 ust. 2 Pzp, a jedynie o zmianie sposobu dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. *Ratio legis* przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega na zapobieganiu eliminacji z postępowania, przed etapem merytorycznej oceny ofert, wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, którzy zaoferowali realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, lecz oferta ich zawiera uchybienia o charakterze formalnym, nie odnoszące się do treści oferowanego świadczenia.

6

Wbrew twierdzeniom Odwołującego się KONSORCJUM zarówno w dacie złożenia wniosku, jak i w dniu składania oferty, dysponuje sprzętem wymaganym do realizacji zamówienia. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. dysponują wymaganym potencjałem technicznym. Wskazany przepis nie przesądza tytułu prawnego na podstawie którego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma dysponować wymaganym sprzętem. „Potencjał techniczny to możliwość wykonania zamówienia publicznego za pomocą potrzebnych do tego narzędzi i urządzeń” – (tak G. Wicik, P. Wiśniewski w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Wyd. C.H. Beck Warszawa 2007 str. 162)

Zgodna zatem z dyspozycją art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zarówno sytuacja, gdy sprzęt wymagany dla potwierdzenia posiadania potencjału technicznego, znajduje się w posiadaniu wykonawcy, który jest jego właścicielem (posiadaczem samoistnym) lub posiadaczem zależnym (np. na podstawie obowiązującej umowy najmu, dzierżawy lub jako zastawnik, leasingobiorca), jak też kiedy wykonawca obejmuje sprzęt w posiadanie (uzyska nad nim władztwo) w razie uzyskania zamówienia. W ocenie Izby wykonawca, który wykaże możliwość zorganizowania wymaganego potencjału technicznego dla potrzeby realizacji zamówienia, spełnia przesłankę wskazaną w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Pogląd taki ma oparcie w orzecznictwie sądów powszechnych. Sąd Okręgowy w Opolu w wyroku z dnia 13.04.2005 (sygn. akt II Ca 183/05) przyjął, że podstawą do stwierdzenia dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym może być list intencyjny.

Obie ww. sytuacje zostały uwzględnione przez Zamawiającego przy formułowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego i nie były kwestionowane przez wykonawców przez wnoszenie środków ochrony prawnej na treść Ogłoszenia o zamówieniu.

Przepisy Pzp pozwalają Zamawiającemu na weryfikację potencjału wyłącznie wykonawców biorących udział w postępowaniu. To wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu. Zatem okoliczność, czy wykonawca dysponuje potencjałem technicznym na mocy umowy zawartej z podwykonawcą, czy też wymagany sprzęt posiada lub będzie posiadał na podstawie umowy cywilnoprawnej, której sprzęt ten jest przedmiotem, pozostaje

bez znaczenia dla oceny potencjału wykonawcy.

Zmiana co do sposobu wykazania dysponowania potencjałem technicznym wymaganym do realizacji zamówienia przez KONSORCJUM przed składaniem ofert mieści się w wymaganiach Zamawiającego opisanych w pkt III.2.10) siwz i nie może stanowić podstawy do wykluczenia KONSORCJUM z postępowania.

Skoro Odwołujący się nie wykazał, że KONSORCJUM nie spełnia warunku w zakresie potencjału technicznego, nie podważył ważności porozumienia z dnia 5.06.2008 roku, stanowiącego tytuł prawny do wykorzystania sprzętu na potrzeby realizacji zamówienia, to

7

brak jest podstaw do przyjęcia, że KONSORCJUM nie dysponuje potencjałem technicznym wymaganym przez Zamawiającego.

Jeśli dysponowanie wymaganym potencjałem technicznym nie zostało zakwestionowane, to KONSORCJUM spełnia warunek udziału w postępowaniu i Zamawiający dokonując wyboru złożonej przez nie oferty nie naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Brak jest korelacji okoliczności podnoszonych w proteście i odwołaniu do dyspozycji tego przepisu. W szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że złożone informacje są nieprawdziwe. Podniesiony przez Odwołującego się brak jednoznaczności tych informacji wobec rezygnacji z wykonania części zamówienia przez podwykonawcę na etapie między złożeniem wniosku a dniem otwarcia ofert został przez Zamawiającego zbadany w ramach czynności podjętych w związku z uwzględnieniem protestu. Izba stwierdza, że KONSORCJUM dochowując staranności przy sporządzaniu oferty mogło o okolicznościach tych poinformować Zamawiającego. Jednak z zaniechania tego nie sposób wywodzić skutku nieprawdziwości składanych informacji, skoro ze złożonych dokumentów wynika spełnienia warunku określonego w siwz, a zgodność porozumienia ze stanem faktycznym nie została podważona przez Odwołującego się.

Nie zasługuje na uwzględnienie również pogląd, że miały miejsce negocjacje dotyczące złożonej oferty. W tym zakresie Izba dała wiarę stanowisku Zamawiającego, które znajduje oparcie w dokumentacji postępowania. Ponadto *ratio legis* przepisu art. 87 ust. 1 zd. 1 *in initio* Pzp jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na warunkach zawartych w ofercie, rozumianych jako dotyczące przedmiotu lub sposobu świadczenia. Te warunki nie zostały w postępowaniu zmienione. Jak wskazano wyżej nie nastąpiła zmiana treści oferty, a nawet przy przyjęciu, że podstawę prawną dla wezwania KONSORCJUM z dnia 17.07.2008 roku stanowi art. 26 ust. 3 Pzp, nie zaś 87 ust. 1 Pzp to składając porozumienie z dnia 5.06.2008 roku, zawarte z EMO BACZEWSKY, KONSORCJUM nie dopuściło się zmiany treści oferty. O zmianie takiej można mówić w sytuacji, gdy wykonawca zmienia treść swojego oświadczenia woli stanowiącego ofertę. Przez dopuszczenie do złożenia dokumentu dotyczącego potencjału technicznego wykonawcy Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp

8

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) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*