

WYROK
z dnia 17 lipca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2013 roku przez **Odwolującego - Infovide – Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Władzę Wdrażającą Programy Europejskie w Warszawie** przy udziale wykonawcy **International Management Services Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia umowę nr ZP/22/2013 zawartą w dniu 1 lipca 2013 roku pomiędzy Zamawiającym – Władzą Wdrażającą Programy Europejskie w Warszawie a wykonawcą International Management Services Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, której przedmiotem jest usługa polegająca na wytypowaniu 30 rejestrów medycznych, w wyniku czego powstanie „Raport z przeglądu 30 medycznych rejestrów podmiotowych” (nr ZP/22/2013) w całości

1

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Władzę Wdrażającą Programy Europejskie w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego Infovide – Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego Władzy Wdrażającej Programy Europejskie w Warszawie** na rzecz **Odwolującego Infovide – Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu 28 czerwca 2013 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwolującym”.

Postępowanie objęte umową ramową nr ZP/ZIN-SYS7/04/2009 z dnia 15.02.2010 r. na usługę polegającą na wytypowaniu 30 rejestrów medycznych, w wyniku czego powstanie „Raport z przeglądu stanu 30 medycznych rejestrów podmiotowych” (nr postępowania ZP/22/2013), prowadzi Zamawiający - Władza Wdrażająca Programy Europejskie z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie wniesiono wobec czynności wyboru oferty złożonej przez International Management Services Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy),
- zasady udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy)
- art. 101 ust. 1 pkt 2) ustawy - poprzez wybór oferty złożonej przez International Management Services Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta została złożona przez podmiot nieuprawniony do jej złożenia (tj. podmiot będący jedynie członkiem konsorcjum, z którym została zawarta umowa ramowa nr ZP/ZIN-SYS7/04/2009) i podlega odrzuceniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez International Management Services sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, pomimo, że oferta ta jest niezgodna z ustawą (została złożona przez podmiot nieuprawniony do jej złożenia, będący jedynie członkiem konsorcjum, z którym została zawarta umowa ramowa);
- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez International Management Services sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, pomimo, że oferta ta została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.

Informację o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania Odwołujący powziął w dniu 21 czerwca 2013 r., tj. w dniu przesłania przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty złożonej przez International Management Services sp. z o.o. z siedzibą w

3

Krakowie (zwanej dalej „IMS”) jako oferty najkorzystniejszej. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, określony w art. 182 ust. 1 ustawy, został dochowany. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę polegającą na niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez IMS jako oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie tej oferty.

W uzasadnieniu wskazano, że w dniu 15.02.2010 r. Zamawiający zawarł umowę ramową nr ZP/ZIN-SYS7/04/2009 z następującymi wykonawcami: 1) Infolite-Matrix S.A., 2) Konsorcjum firm: Lumena SA i International Management Services sp. z o.o., 3) Konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting SA, Deloitte Advisory sp. z o.o., Pentacomp Systemy Informatyczne SA i AMG.net SA, 4) Konsorcjum firm: Ernst&Young Business Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółka Komandytowa, Pentegy SA oraz Infostrategia – K..... H..... i A..... S..... Sp. j. Umowa ramowa została zawarta w wyniku przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego.

Realizacja przedmiotu zamówienia określonego w umowie ramowej odbywa się w drodze odrębnych zamówień udzielanych wykonawcy lub wykonawcom, z którymi zostały zawarte umowy ramowe. Ich wybór poprzedzony został oceną ofert ramowych stanowiącą rodzaj prekwalifikacji, dokonywanej zarówno na podstawie kryteriów podmiotowych, jak i przedmiotowych. Zamawiający ocenił zatem czy wykonawcy, z którymi zawarł umowę ramową spełniają warunki podmiotowe i przedmiotowe, a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - czy spełniają te warunki łącznie.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający mógł zaprosić do złożenia oferty na umowę realizacyjną wyłącznie wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową. W przypadku konsorcjum jedynie wszystkie podmioty je tworzące łącznie mają status wykonawcy i jedynie działając łącznie są uprawnione do zawarcia umowy realizacyjnej do umowy ramowej. Zatem w przypadku złożenia oferty na zawarcie umowy realizacyjnej do umowy ramowej przez jednego z członków konsorcjum, z którym została zawarta umowa ramowa, zamawiający nie ma możliwości ponownej prekwalifikacji ani pominięcia faktu, że

ofertę składa tylko jeden z członków konsorcjum, a oferta złożona przez taki podmiot nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W dniu 11 czerwca 2013 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do złożenia oferty na wykonanie zamówienia objętego umową ramową nr ZP/ZIN-SYS7/04/2009, którego przedmiotem jest analiza wytypowanych 30 rejestrów medycznych, w wyniku czego powstanie „Raport z przeglądu stanu 30 medycznych rejestrów podmiotowych”, zwanym dalej „Postępowaniem”. Ofertę w Postępowaniu złożyła m.in. spółka International Management Services sp. z o.o., a nie Konsorcjum spółek, z którym została zawarta umowa ramowa, tj. Lumena SA z siedzibą w Warszawie i International Management Services sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. IMS nie był podmiotem uprawnionym do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny czy warunki udziału w postępowaniu (na zawarcie umowy ramowej) spełnia IMS jako jeden z członków konsorcjum. Taka ocena została już bowiem dokonana w stosunku do konsorcjum przed zawarciem umowy ramowej i niedopuszczalne jest jej powtórzenie. Tym samym wybór przez Zamawiającego oferty złożonej przez IMS stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp) oraz art. 101 ust. 1 ustawy.

Zauważyć należy także, że w dniu 16.02.2012 r. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, X Wydział Gospodarczy (sygn. akt X GU 366/11) ogłosił upadłość likwidacyjną drugiego z członków Konsorcjum, w skład którego wchodzi IMS, tj. spółki Lumena S.A. Jako podmiot, wobec którego ogłoszono upadłość obejmującą likwidację majątku, LUMENA SA podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy), a zatem niemożliwe jest także złożenie oferty przez konsorcjum, w skład którego wchodzi taki podmiot ani przez żadnego z członków konsorcjum.

Jako że złożenie oferty przez Konsorcjum, w skład którego wchodzi spółka w upadłości likwidacyjnej, byłoby podstawą do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, oczywistym staje się motyw działania wykonawcy, który składa ofertę z pominięciem konsorcjanta. Tym niemniej należy zwrócić uwagę, iż postępowanie w ramach którego aktualnie swoją ofertę złożyła IMS jest wynikiem wcześniej przeprowadzonego postępowania w przedmiocie zawarcia umowy ramowej. To właśnie na tamtym etapie Zamawiający weryfikował m. in. spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę należałoby stwierdzić, iż gdyby International Management Services Sp. z o.o. uczestniczyła w tym postępowaniu samodzielnie i potwierdziła spełnienie warunków udziału

w postępowaniu na datę składania ofert niewątpliwie mogłaby uczestniczyć obecnie samodzielnie w postępowaniu mającym na celu udzielenie zamówienia wykonawczego.

Pomijając już nawet sam fakt braku tożsamości podmiotowej Wykonawcy w toku prowadzonego postępowania na zawarcie umowy ramowej oraz umów wykonawczych, to dodatkowo warto zauważyć, iż ewentualne udzielenie zamówienia IMS zostałoby udzielone nie tylko podmiotowi, z którym nie została zawarta umowa ramowa, ale również podmiotowi, który samodzielnie nigdy nie spełniał warunków udziału w postępowaniu sformułowanych w toku postępowania na zawarcie umowy ramowej. W tym stanie rzeczy należy zatem dojść do wniosku, iż z punktu widzenia przepisów ustawy wybór oferty złożonej przez IMS jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu stanowi rażące naruszenie prawa, niewątpliwie mające wpływ na wynik postępowania.

Oferta złożona przez IMS (tj. przez podmiot, z którym nie została zawarta umowa ramowa; który nie mógł być zaproszony do składania ofert w postępowaniu na umowę realizacyjną i którego wybór stanowi rażące naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 i 101 ust. 1 pkt 2 ustawy) jest niezgodna z ustawą i została złożona przez podmiot niezaproszony do składania ofert, a w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo w

wyroku z dnia 18.01.2012 r. (sygn. akt: KIO 41/12), Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Zgodnie z przywołaną regulacją, zawarcie umowy ramowej poprzedzone musi być postępowaniem przeprowadzonym z odpowiednim zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Z odwołania się do przepisów regulujących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonych według zasad ustalonych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeń wynika, iż wybór wykonawców odbywa się z grona podmiotów, które zgłosiły akces w postępowaniu. Zawarcie umowy ramowej poprzedzone jest procedurą, w której może uczestniczyć dowolna ilość podmiotów zainteresowanych realizacją zamówienia, co jednak nie oznacza, iż zamawiający został pozbawiony prawa do ustalenia warunków, których spełnienia będzie wymagał. W przypadku postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej, procedura wyboru wykonawców, z jakimi zostaną zawarte umowy ramowe nie odbiega w sposób zasadniczy od zwykłego postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w jednym z trzech trybów wskazanych w art. 99 ustawy Pzp. Różnica sprowadza się do wyniku postępowania, w którym nie dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego, a jedynie ustalenia warunków realizacji przyszłych zamówień, jakie zostaną udzielone w odrębnej procedurze. Realizacja przedmiotu zamówienia odbywa się w drodze odrębnych zamówień

6

udzielanych wykonawcy lub wykonawcom, z którymi zostały zawarte umowy ramowe. Ich wybór poprzedzony zostaje oceną ofert ramowych stanowiącą rodzaj prekwifikacji, dokonywanej zarówno na podstawie kryteriów podmiotowych, jak i przedmiotowych. Skoro w umowie ramowej, zgodnie z art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, ustala się warunki dotyczące zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w dalszym okresie (w szczególności ceny i w razie potrzeby przewidywane ilości), konieczne jest uprzednie stwierdzenie, czy wykonawca, z którym taka umowa miałaby być zawarta, jest zdolny do wykonania przedmiotu umowy wykonawczej”.

Złożenie niniejszego odwołania od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego Odwołujący uznał za konieczne do ochrony interesu Odwołującego przed poniesieniem szkody związanej z nieuzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

W dniu 8 lipca 2013 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 lipca 2013 roku, zgłoszenie do postępowania odwoławczego złożył wykonawca International Management Services Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Oświadczył, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowych i zgodnych z ustawą Pzp czynności jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W wyniku tej decyzji w dniu 1 lipca 2013 roku została podpisana umowa, która jest już w trakcie realizacji.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił bogatą argumentację przemawiającą za oddaleniem odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę. W tym zakresie oddalono wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na nieprzekazanie Zamawiającemu kopii odwołania. Uzasadnienie wniosku wskazywało, że odwołanie podlega odrzuceniu, ponieważ wykonawca je wnoszący kopię odwołania przesłał na adres głównej siedziby Zamawiającego, tj. na ul. Rakowiecką 2a w Warszawie, podczas gdy, zdaniem Zamawiającego, korespondencja powinna zostać skierowana na adres wyznaczony w SIWZ do kontaktów z wykonawcami, tj. na ul. Solec 38 w Warszawie. Dodatkowo Odwołujący posłużył się numerem faksu do głównej siedziby a nie numerem podanym w pkt 6.4. SIWZ do korespondencji. Argumentacja Zamawiającego nie

7

zasługiwała na uwzględnienie. Dostrzeżenia wymaga, że pkt 6.4. SIWZ dotyczył wyznaczenia osób uprawnionych do kontaktowania się z wykonawcami, podając

jednocześnie nr telefonów i faksów do tych osób. Zbyt daleko idącym zdaje się wniosek, że z zapisu tego wynikało, że na powyższy adres należy kierować wszelką korespondencję, w tym korespondencję dotyczącą środków ochrony prawnej. Ponadto w pkt 1 SMW oznaczając stronę zamawiającą, sam Zamawiający posłużył się adresem siedziby głównej i podał odpowiednie numery telefonów i faksów w tej siedzibie się znajdujących. Bez szczegółowego dookreślenia, który adres jest adresem wiążącym dla wykonawców, a także bez szczegółowego określenia jaką korespondencję na jaki adres należy kierować, uznać należało, że wykonawca wnoszący odwołanie dopełnił ciężącego na nim obowiązku przekazania kopii odwołania przesyłając ją na adres siedziby głównej i pod właściwy dla tego adresu numer faksu.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, zaniechanie dokonania określonych czynności, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, a dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością podano stan faktyczny sprawy zaistniały w toku postępowania o udzielenie zamówienia z uwzględnieniem okoliczności, iż w toku postępowania zaproszenie do złożenia oferty w ramach realizacji umowy ramowej Zamawiający wystosował do jednego z członków konsorcjum, mianowicie Przystępującego do postępowania odwoławczego (fakt ten nie był znany stronie odwołującej), natomiast prawidłowo zaprezentowano inne dokonane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu.

W związku z tak ustalonym stanem faktycznym, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu.

Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu

8

nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie zaś z art. 101 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek udzielić zamówienia, którego przedmiot objęty jest umową ramową, wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zapraszając ich do składania ofert.

Przenosząc powyższe ogólne uregulowania prawne na grunt rozpoznawanej sprawy, w przedmiotowym postępowaniu zachowując się zgodnie z hipotezą normy prawnej wyrażoną w art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający powinien był skierować zaproszenie do złożenia oferty w ramach wykonywania umowy ramowej do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a więc konsorcjum, z którym podpisał umowę ramową. Po otrzymaniu zaś oferty złożonej przez jednego tylko z członków konsorcjum, Zamawiający powinien był taką ofertę odrzucić, jako ofertę złożoną przez podmiot niezaproszony, stosując art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie zasługuje na aprobatę działanie Zamawiającego, który mając wiedzę o upadłości jednego z członków konsorcjum, kieruje zaproszenie tylko do drugiego z nich. W ten sposób dochodzi bowiem do niezachowania zasady równego traktowania wykonawców i zaburzenia zasady uczciwej konkurencji. To nie w gestii Zamawiającego leży decyzja w jaki sposób wykonawca wywiąże się z zawartej umowy ubiegając się o zamówienie wspólnie z innym wykonawcą, który zmuszony był rozpocząć postępowanie upadłościowe. Zamawiający bowiem, związany jest przepisami prawa, z których wynika, że do złożenia oferty przy wykorzystywaniu w postępowaniu mechanizmu umowy ramowej, może on zaprosić wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową. Umowę zaś zawarł z konsorcjum, a nie z poszczególnymi członkami tego szczególnego tworu prawnego, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp.

Niewątpliwie możliwość złożenia oferty wspólnej przez kilku wykonawców wynika wprost z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, który transponował do krajowego porządku prawnego art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane,

dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114), dalej jako: „dyrektywa 2004/18/WE”. Celem zawarcia przez wykonawców porozumienia w sprawie wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest połączenie kompetencji i doświadczenia partnerów, jak również rozłożenia ryzyka przedsięwzięcia pomiędzy wszystkich uczestników porozumienia. Zauważyć także należy, że art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, wskazuje, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z przepisu tego wynika zatem, iż na gruncie ustawy Pzp, zasady i warunki odnoszące się do wykonawców stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W sensie formalnoprawnym zamówienie udzielane jest

9

jednak łącznie wszystkim wykonawcom tworzącym konsorcjum, a nie poszczególnym podmiotom wchodzącym w skład konsorcjum.

Zgodnie zaś z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ustawy Pzp, w przypadku konsorcjum, co do zasady mogą być spełnione łącznie (tzw. warunki pozytywne). Taką wykładnię potwierdza zarówno doktryna, jak i orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych.

Zgodzić należy się z szeroko przytaczaną przez Zamawiającego na rozprawie opinią prawną UZP, że wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział współtworzonego przez niego konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zależeć będzie od etapu na jakim znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w chwili ogłoszenia upadłości podmiotu. Zaznaczyć przy tym należy, iż problematyka ta istotnego znaczenia nabiera przede wszystkim przy postępowaniach o charakterze dwuetapowym. Gdzie w pierwszej fazie zamawiający dokonuje prekwalfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, warunkiem zaproszenia do składania ofert jest zakwalifikowanie się do grupy podmiotów, które spełniają postawione przez zamawiającego warunki pozytywne i nie podlegają wykluczeniu, tj. nie zachodzą co do nich tzw. warunki negatywne. Dotyczy to także postępowań, w których Zamawiający zawarł umowę ramową, zwłaszcza długotrwałą.

W przypadku, gdy dany podmiot – występujący jako indywidualny wykonawca, czy jako zespół wykonawców działających w formie konsorcjum, spełnia warunki udziału w postępowaniu winien być przez zamawiającego zaproszony do złożenia oferty. Z powyższego wynika więc, że oferty takiej odpowiadając na zaproszenie nie może złożyć podmiot, który nie brał udziału w pierwszym etapie, a więc na przykład tylko jeden z uczestników wchodzący w skład konsorcjum, bowiem zamawiający nie dokonał oceny jego podmiotowej kwalifikacji do realizacji określonego zamówienia publicznego na wstępnym etapie postępowania. Jednocześnie, ofertę w postępowaniu złożyć może jedynie podmiot, który został przez zamawiającego zaproszony do składania ofert (art. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Z powyższych przepisów wynika zatem jednoznacznie, że aby podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia mógł złożyć ofertę, powinien dawać należyłą rękojmię wykonania zamówienia, tj. być podmiotowo kwalifikowany i zaproszony do składania ofert, a jednocześnie w przypadku umowy ramowej to zaproszenie powinno

10

podmiotowo odpowiadać informacjom zawartym w ofertach wstępnych. Z reguły też nie jest możliwa ponowna prekwalfikacja i ocena spełniania warunków udziału w stosunku do podmiotu o zmienionej strukturze wewnętrznej. Oznacza to, że swoim działaniem, kierując zaproszenie do złożenia oferty tylko do jednego z uczestników konsorcjum, Zamawiający naruszył wprost art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a to w konsekwencji doprowadziło pośredniego do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, choć do wykonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez jednego tylko członka konsorcjum Zamawiający był zobowiązany.

Pomimo, iż ogłoszenie upadłości członka konsorcjum ma charakter obiektywny tj. niezależny od woli pozostałych członków konsorcjum, okoliczność ta ma bezpośredni wpływ na sytuację konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przy

realizacji umowy ramowej Zamawiający nie bada po zaproszeniu do składania ofert ostatecznych spełniania warunków udziału w postępowaniu. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że w tym zakresie można mówić o luce prawnej w przepisach Pzp. Z jednej bowiem strony wykonawca (konsorcjum) był już oceniany, wykazał, że warunki spełnia i zawarło z nim umowę ramową, jednocześnie z drugiej strony nie nastąpił jeszcze etap realizacji tej umowy rozpoczynający się od złożenia oferty do zawarcia umowy wykonawczej, a w związku z upływem czasu, możliwe są różne zmiany, w tym zmiany podmiotowe po stronie wykonawców. Nie zwalnia to jednak Zamawiającego z należytego i zgodnego z przepisami prawa dalszego prowadzenia postępowania. Jeżeli zatem niemożliwa, czy też niedopuszczalna jest ponowna ocena spełniania warunków udziału, to otrzymawszy na wystosowane zaproszenia ofertę pochodzącą od innego zmienionego, różniącego się składu osobowego konsorcjum, Zamawiający winien taką ofertę odrzucić, bowiem, jak zaznaczono, niemożliwy jest powrót do takiego stanu postępowania, w którym dokonuje się ponownej prekwalfikacji wykonawców.

Na wydanie orzeczenia w takim kształcie nie wpłynęła argumentacja stron referująca do zagadnienia czy Zamawiający ma obowiązek dokonywać ponownej weryfikacji ziszczenia przesłanek wykluczenia wykonawcy na etapie zawierania umowy wykonawczej do umowy ramowej. Zdaje się w istocie, iż ostatecznie bezspornym między stronami jest, że taka weryfikacja następuje na wstępnym etapie postępowania, przed podpisaniem umowy ramowej. Po podpisaniu umowy, wykonując ją, Zamawiający zaprasza do złożenia ofert na konkretny wycinek objęty opisem przedmiotu zamówienia i umową podstawową. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający powinien „przemilczeć” okoliczność upadłości jednego z członków konsorcjum, z którym podpisał umowę ramową, na etapie realizacji umowy wykonawczej. Choć Zamawiający nie ma obowiązku wykluczyć takiego wykonawcy,

11

ponieważ nie dokonuje oceny spełniania warunków, tych pozytywnych i negatywnych kwalifikujących wykonawców do wykluczenia, to nie może, a przynajmniej nie powinien podpisać umowy z wykonawcą, który takiej weryfikacji samodzielnie nie przeszedł i być może nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, ponieważ ubiegał się o zamówienie wspólnie z innym wykonawcą i jako konsorcjum wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zauważył, że ogłoszenie upadłości pociąga za sobą skutki głównie w zakresie wzajemnych relacji i można byłoby zgodzić się z teorią, że upadłość nie ma wpływu na wykonywanie umowy ramowej z powodu ponoszenia przez uczestników konsorcjum solidarnej odpowiedzialności, ale powyższej teorii nie można odnieść na etap wykonywania umowy wykonawczej, która stanowi odrębne zobowiązanie, choć przedmiotowo związane z umową ramową. Odmienne przedstawia się sytuacja przy wykonywaniu zawartych już „typowych” umów o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z ogłoszeniem upadłości lub innymi zmianami podmiotowymi w składzie konsorcjum z uwagi na możliwość skorzystania z odpowiedzialności solidarnej ciężącej na konsorcjum za realizację umowy. Wtedy też zmiany podmiotowe nie mają już takiego znaczenia. Pogląd ten potwierdza stanowisko UZP wyrażone w przywoływanej już w uzasadnieniu opinii prawnej dotyczącej upadłości jednego z członków konsorcjum. Jak zauważono w opinii, *„przepis art. 141 ustawy Pzp statuuje solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym ze względu na sam fakt wspólnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia z nimi umowy dotyczącej tego zamówienia. Do powstania odpowiedzialności solidarnej nie są potrzebne jakiegokolwiek dodatkowe czynności żadnej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ odpowiedzialność ta wynika wprost z ustawy Pzp. Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest instytucją chroniącą interes zamawiającego jako wierzyciela. Ogłoszenie upadłości jednego z dłużników solidarnych, a nawet ostateczna likwidacja, nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności pozostałych dłużników solidarnych. Wierzyciel ma prawo poszukiwania zaspokojenia u pozostałych dłużników odpowiadających solidarnie (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt I ACa 189/08). Nie ma zatem potrzeby dokonywania zmiany umowy zawartej między zamawiającym a konsorcjum, jak i również konieczności wyrażania przez zamawiającego zgody na dokonanie przez upadłego*

publiczne na pozostałe podmioty współtworzące konsorcjum". Ale jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie sam Zamawiający umowa ramowa nie jest typową umową o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to swoistego rodzaju porozumienie, którego celem jest ustalenie głównych warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i przewidywanych ilości. Ostateczny zaś kształt zaistniałe między stronami zobowiązanie przyjmuje po złożeniu oferty dla wykonania umowy wykonawczej, gdzie dopiero podczas wykonywania właściwej umowy możemy mówić o realizacji właściwego przedmiotu świadczenia. Biorąc zaś taką okoliczność pod uwagę, Zamawiający nie powinien podpisać umowy z konsorcjum, w skład którego wchodzi podmiot w upadłości, bowiem udzielenie zamówienia podmiotowi zbiorowemu, w skład którego wchodzi wykonawca posiadający cechę, która wyłącza go w świetle ustawy z kręgu podmiotów „wiarygodnych”, stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie może również podpisać umowy tylko z jednym z podmiotów, z pominięciem wykonawcy w upadłości, ponieważ nie w takim kształcie wykonawca był oceniany, a ponadto przepisy nakazują udzielenie zamówienia wykonawcy objętego umową ramową.

Sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu cechuje się niewątpliwie dużą odrębnością w stosunku do typowo spotykanych stanów faktycznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęte zatem przez skład orzekający Izby w danym postępowaniu odwoławczym rozwiązanie nie jest jedynym pewnym i możliwym. Podzielić należy stanowisko Prezesa UZP, że podejmując decyzję uzależnić należy ją od etapu danego postępowania oraz kierować należy się wykładnią funkcjonalną, zastosowanie bowiem wykładni literalnej jest niemożliwe. Dlatego też w danym stanie faktycznym uznano, że Zamawiający naruszył art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, a zaniechał zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z tych powodów uwzględniono odwołanie.

Nie dopatrzono się natomiast naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie wykazał bowiem na czym polegać miałyby niezgodność złożonej oferty z przepisami ustawy. Nieuwzględnienie tego zarzutu nie miało jednak wpływu na treść sentencji.

Na uwzględnienie odwołania i sentencję orzeczenia wpływ miała również okoliczność, iż w dniu 1 lipca 2013 roku Zamawiający zawarł w postępowaniu umowę o udzielenie zamówienia z wykonawcą International Management Services Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie naruszając tym samym przepis art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, statuujący zakaz zawarcia umowy po wniesieniu odwołania do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zakaz wynikający z art. 183 ustawy Pzp ustanawia odrębne uregulowanie od wynikającego z art. 94 ustawy Pzp zakazu zawarcia umowy w okresie „standstill”. Dostrzeżenia wymaga, iż w preambule do Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych stwierdzono, że „(...)Wniesienie odwołania na krótko przed końcem minimalnego okresu zawieszenia typu standstill nie powinno skutkować pozbawieniem organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze niezbędnego czasu na działanie, w szczególności w celu przedłużenia okresu zawieszenia typu standstill na zawarcie umowy. Tym samym należy przewidzieć niezależny minimalny okres zawieszenia typu standstill, który nie powinien kończyć się przed podjęciem decyzji w sprawie wniosku przez organ odwoławczy. Nie powinno to uniemożliwić organowi odwoławczemu uprzedniego stwierdzenia, czy odwołanie jako takie jest dopuszczalne. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że okres ten kończy się w momencie podjęcia przez organ odwoławczy decyzji w sprawie zastosowania środków tymczasowych, w tym o dalszym zawieszeniu zawarcia umowy, lub w momencie podjęcia przez organ odwoławczy decyzji co do istoty sprawy, w szczególności w sprawie wniosku o uchylenie bezprawnych decyzji (...)”. W polskim porządku prawnym taki niezależny okres zawieszenia przewidziany został w art. 183 ustawy Pzp. Choć przy postępowaniach, w których mamy do czynienia z umową ramową, art. 94 ust. 2

pkt 2 ustawy Pzp jest wyjątkiem i umożliwia zawarcie umowy bez zachowywania okresu standstill, to z wyjątku tego de facto, choć się na niego powoływano w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie skorzystał. Wobec tego, w związku ze złożeniem w dniu 28 czerwca 2013 roku odwołania, Zamawiający nie mógł już zawrzeć umowy, ponieważ zabraniał tego art. 183 ustawy Pzp, od zastosowania którego przewidziano odrębny wyjątek, jakim jest uchylenie przez Izbę zakazu zawarcia umowy.

Tym samym na podstawie art. 192 ust. 3 ust. 2 pkt 2 a skład orzekający Izby zobowiązany był do unieważnienia umowy w całości. Z uwagi na złożone na rozprawie oświadczenie Zamawiającego, że wstrzymał on wykonywanie umowy, nie zachodziła konieczność rozliczenia między stronami wzajemnych wykonanych zobowiązań, unieważnienia zobowiązań niewykonanych i nałożenia na Zamawiającego kary finansowej. Umowę unieważniono w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

14

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wysokość wpisu uiszczonego przez Odwołującego.

Przewodniczący:

15