

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 sierpnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Renata Bandosz (spr)

Sędziowie: SO Krystyna Gradowska

SO Agnieszka Żegarska

Protokolant: ref.stażysta Katarzyna Godlewska

po rozpoznaniu w dniu 28 sierpnia 2008 r. w Olsztynie

na rozprawie

sprawy ze skargi COMTRANS Sp. z o.o w Olsztynie

od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 15 lipca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 665/08

z udziałem zamawiającego - Gminy Miejskiej Giżycko

I. oddała skargę

II. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającej 3600 zł (trzy tysiące sześćset)
tytułem kosztów postępowania.

• - — > mi _y

Za zgodność świadczę
STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Iwona Kowalska

25/WR7.20C9

Uzasadnienie

Pismem z dnia 18.06.2008 r. - Wykonawca Comtrans Sp. z o. o. w Olsztynie wniósł protest na czynność wyboru oferty konsorcjum złożonego z Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. z Goldapi i Przedsiębiorstwa Polnet Sp. z o. o. z Augustowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę ulicy Św. Brunona w Giżycku. Postępowanie o udzielenie zamówienia było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego a wartość zamówienia na w/w roboty budowlane wynosiła równowartość kwoty 1.490.046,84 euro tj. 5.777.060,60 zł.

Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych a mianowicie:

- art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty w sposób sprzeczny z ustawą;
- art. 22 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, jako nie spełniającego warunków udziału określonych w SIWZ, w zakresie doświadczenia zawodowego;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 poprzez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, mimo że w dokumentach nie zostało złożone pełnomocnictwo lidera Konsorcjum, określające zakres umocowania, do czego zobowiązuje przepis art. 23 ust. 2 w/w ustawy.

W proteście Protestujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie w ramach umowy konsorcjum zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. w Górkach oraz Przedsiębiorstwa Polnet Sp. z o. o. w Augustowie;
- 2) powtórzenia czynności związanej z badaniem i oceną ofert, wykluczenia z postępowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w ramach umowy konsorcjum lub odrzucenia złożonej oferty;
- 3) wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach określonych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający pismem doręczonym 25.06.2008r. r. oddalił protest Comtrans Sp. z o. o. w Olsztynie. Podniósł, że wybrany przez niego wykonawca spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu tj. posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i wykonał w ciągu ostatnich 5 lat co najmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia na wartość nie mniejszą niż 1 500 000,00 zł w charakterze głównego wykonawcy. Ponadto Zamawiający za wystarczające umocowanie do działania w imieniu konsorcjum, uznał postanowienia w przedłożonej w dokumentach umowie konsorcjum.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 30.06.2008r. Protestujący złożył odwołanie, w którym podtrzymał swoje zarzuty i wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z wykluczeniem konsorcjum z postępowania,
- 3) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego i wyrokiem z dnia 15 lipca 2008 r. oddaliła odwołanie. W uzasadnieniu podano, że wykonawca, który składa ofertę nie musi wykazywać, iż ma doświadczenie w wykonywaniu identycznych robót jak przedmiot postępowania przetargowego. W ocenie KIO wybrany przez zamawiającego wykonawca potwierdził, iż wykonane przez niego roboty odpowiadają swoim rodzajem robotom drogowym, a więc takiemu samemu rodzajowi robót jak przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Warunek udziału ustalony przez Zamawiającego odnosi się wyłącznie do rodzaju robót i tym warunkiem Zamawiający pozostaje związany. W odniesieniu do zarzutu braku pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum wybranej oferty skład orzekający Krajowej Izby odwoławczej również podzielił stanowisko Zamawiającego. W ocenie KIO przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie narzucają granic ani formy pełnomocnictwa, które dla swojej ważności nie musi nosić bezwzględnie nazwy „pełnomocnictwo”. Załączona do oferty umowa konsorcjum zdaniem składu orzekającego

stanowi dokument prawidłowy, określający zakres umocowania lidera a zapisów poszczególnych § umowy nie można odczytywać w oderwaniu od celu zawarcia umowy konsorcjum jakim był bez wątpienia udział w przetargu nieograniczonym organizowanym przez Gminę Miejską Giżycko na rozbudowę ulicy Św. Brunona.

Zważywszy powyższe KIO na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oddaliła odwołanie.

Skargę na powyższy wyrok złożył Wykonawca Comtrans Sp. z o. o. w Olsztynie.

Skarżący wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej zarzuca:

1) naruszenie przepisów prawa procesowego i materialnego, a mianowicie:

- a) art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605) i art. 4 pkt 2 ustawy o drogach publicznych przez błędną wykładnię i w konsekwencji tego przyjęcie, że konsorcjum wykazało się niezbędnym doświadczeniem do tego aby ubiegać się o udzielenie zamówienia,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 Pzp w związku z art. 23 ust. 2 Pzp i art. 98 KC poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że złożona do akt postępowania umowa konsorcjum uprawniała lidera do złożenia wspólnej oferty o ubieganie się o udzielenie zamówienia,
- c) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji tego prowadzenie postępowania w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji,
- d) art. 38 ust. 4 Pzp w związku z art. 191 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niezastosowanie norm tych przepisów i w konsekwencji tego oddalenie odwołania, kiedy to nieuprawniona zmiana SIWZ winna prowadzić do unieważnienia postępowania.

Skarżący w dalszym ciągu podtrzymuje stanowisko, iż przedstawione przez wybranego przez zamawiającego wykonawcę doświadczenie nie jest wystarczające oraz że w ofercie wybranego wykonawcy brak jest pełnomocnictwa co winno skutkować odrzuceniem oferty. Skarżący wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie skargi.

Na rozprawie przed Sadem Okręgowym pełnomocnik zamawiającego wnosil o oddalenie skargi, a pełnomocnik skarżącego popierał skargę.

Sad Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest nieuzasadniona. Podniesione w niej zarzuty są bowiem chybione. Sad Okręgowy podziela ustalenia dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz rozważania prawne składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, które w konsekwencji doprowadziły do trafego wyroku oddalającego odwołanie wykonawcy Comtrans Sp. z o. o. w Olsztynie.

Na aprobatę zasługuje też stanowisko zamawiającego, dzielące stanowisko KIO, wyrażone w odpowiedzi na skargę.

Na wstępie odnieść należy się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605) Stanowisko skarżącego, iż wybrany przez zamawiającego wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego, jest nie do zaakceptowania.

Zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp żądał wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem oraz dysponowaniem potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat co najmniej jednego zamówienie odpowiadającego swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia na wartość nie mniejszą niż 1 500 000,00zł w charakterze głównego wykonawcy. Na potwierdzenie spełniania tak postawionego warunku Zamawiający żądał przedłożenia wykazu zrealizowanych zadań w ciągu ostatnich 5 lat o podobnym charakterze do przetargowego i wartości min. 1 500 000,00zł z określeniem ich wartości i zakresu wraz dokumentami potwierdzającymi że roboty te zostały wykonane należyście.

W ocenie Sądu warunek ten jest jasny i precyzyjny. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu może m.in. żądać wykazu robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Zdaniem Sądu nie można przyznać racji twierdzeniom skarżącego, iż usługi rodzajowo podobne to usługi tożsame z przedmiotem zamówienia gdyż taka interpretacja naruszałaby zasadę uczciwej konkurencji i w sposób nieuprawniony zawężyła możliwość przystąpienia do przetargu tylko wykonawców, którzy są w stanie wykazać się doświadczeniem przy wykonywaniu robót takich samych a nie podobnych rodzajowo. Żądanie spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ma zabezpieczać interesy zamawiającego i wybranie wykonawcy rzetelnego, doświadczonego, który będzie gwarantował należyte wykonanie zamówienia. W ocenie Sądu uznanie przez zamawiającego, iż wykonanie przez wybrane w przetargu konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. z Goldapi i Przedsiębiorstwo Polnet Sp. z o. o. z Augustowa przebudowy istniejącego chodnika na ciąg pieszy i rowerowy wzdłuż ulic Wojska Polskiego, Chreptowicza, Brzostowskiego w m. Augustów w ciągu drogi krajowej nr 8, odcinek Białystok - Suwałki od km 730+360 o wartości 1.665.867,47zł spełnia postawiony w postępowaniu warunek jest zasadne i zgodne z przepisami art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz w/w rozporządzeniem. Bez wątpienia uznanie racji skarżącego co do wykazania się doświadczeniem takim samym a nie rodzajowo podobnym prowadziłoby do wprowadzenia nadmiernych wygórowanych wymagań a w konsekwencji niezgodności z przepisami na które sam skarżący się powołuje. Reasumując należy podkreślić, iż zbliżony charakter zamówienia nie oznacza, iż wykonawcy winni legitymować się wykonaniem zadania o tożsamym charakterze, będącym odzwierciedleniem wszystkich rodzajowych czynności wskazanych przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia zarówno art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych jak też § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane nie znajduje w niniejszej sprawie uzasadnienia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 Pzp w związku z art. 23 ust. 2 Pzp i art. 98 KC należy podnieść, że jest on całkowicie chybiony.

Po pierwsze zauważyć należy, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za dopuszczony i odpowiedni nie może być uznany wyłącznie dokument oznaczony nazwą „pełnomocnictwo”. Sąd podziela zdanie składu orzekającego KIO, iż może to być każdy dokument, który będzie zawierał oświadczenie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie o zawiązaniu konsorcjum i zakresie upoważnienia dla lidera. Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku gdy wykonawcy ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia mają obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo reprezentowania w postępowaniu i zawarciu umowy. Przepis ten nie wskazuje ani formy ani żadnych szczególnych elementów, które powinny być zawarte w treści tego pełnomocnictwa. Załączona do oferty wybranego przez zamawiającego runowa konsorcjum bez wątpienia w ocenie Sądu stanowi dokument prawidłowy, umocowujący jednego z członków konsorcjum do reprezentowania konsorcjum w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sąd podziela opinię składu orzekającego KIO, iż zakresu umocowania wyrażonego w § 6 umowy konsorcjum nie można rozpatrywać w oderwaniu od celu zawartej umowy konsorcjum a ten nie budzi najmniejszej wątpliwości. Zgodnie z § 1 umowy konsorcjum

zostało ono powołane w celu uczestnictwa w przetargu nieograniczonym organizowanym przez Gminę Miejską Giżycko na rozbudowę ulicy Św. Brunona w Giżycku.

Niezależnie od formy dokumentu, w którym zawarte zostało pełnomocnictwo, jego treść winna obejmować umocowanie do reprezentowania mocodawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w tej sprawie. Na taki stan bezspornie wskazują zapisy umowy konsorcjum. W ocenie Sądu w umowach należy badać nie tylko literalną treść, ale także cel zawarcia umowy, sformułowanie „do prowadzenia spraw i reprezentowania konsorcjum w dziedzinie stosunków zewnętrznych w §2” (§2 umowy - Przedmiotem działalności konsorcjum jest rozbudowa ulicy Św. Brunona w Giżycku zgodnie z dokumentacją projektową opracowaną przez Inwestora) wskazuje, że intencją stron umowy konsorcjum było udzielenie upoważnienia do reprezentowania konsorcjum. Choć może nie sformułowane jednoznacznie należy uznać że w przedmiotowym postępowaniu pełnomocnictwo zostało udzielone a w konsekwencji nietrafny jest zarzut skarżącego naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy Pzp jak też żądanie odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8. Zdaniem Sądu ustanowienie pełnomocnika wynika z umowy konsorcjum i nie jest potrzebne wówczas przedstawianie pełnomocnictwa na osobnym dokumencie.

Odnosnie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4 Prawa zamówień publicznych z uwagi na powyższe stanowisko jak i zebrane w sprawie materiały w ocenie Sądu są one chybione i nie zasługują na uznanie. Sąd podziela w pełni argumentację i rozważania składu orzekającego KIO iż brak jest podstaw do uznania naruszenia zasad uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Czynności dokonane przez zamawiającego w trakcie przetargu prowadzone były zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując powyższe rozważania uznać należy, iż zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowy, a zarzuty zawarte w skardze są bezzasadne. Dlatego też skarga jako niezasadna podlega oddaleniu na podstawie art. 198 ust 2 zd. I p.z.p.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgoti ość świadczę
STARSZY SE RETARZ SĄDOWY

/Kowalska
1 RZ. 2009