

Sygn. akt: KIO/UZP 1758/09

**WYROK**  
z dnia 4 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Izabela Niedziałek - Bujak**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5** protestu z dnia 6 listopada 2009r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Kozarzewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B.P.R.I.I DROKAN, ul. Celofanowa 2, 04-711 Warszawa (pełnomocnik), SEGI - AT Sp. z o.o., ul. Baletowa 30, 02-867 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312.**

### **U z a s a d n i e**

I. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *Przetarg XI. Wymiana i renowacja magistral i sieci rozdzielczej - zadanie 09.2 (wybrane odcinki) nr postępowania 7/WK/JRP-JRP-T3/B/2009.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 148-216414. z dnia 05.08.2009 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 6 643 113,44 euro.

W dniu 30.11.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wiesława Kozarzewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B.P.R.I.I. DROKAN i SEGI-AT Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum).

W dniu 6.11.2009 r. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 16.11.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 24.11.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu) art. 7 ust.1 i 3 i art. 24 ust.2 pkt 3, art. 82 ust.3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania, ponieważ nie wykazało, że posiada wymaganą przez Zamawiającego zdolność finansową. Jak wynika z oferty Konsorcjum, jeden z jego uczestników - według opinii wydanej przez bank - posiadał w dniu 10.08.2009 r. na koncie środki w wysokości 1.072.783,65 zł, co wskazuje, iż nie wykazał się środkami co najmniej równoważności 2.000.000,00 zł. Opinia banku poświadcza również, iż uczestnik Konsorcjum posiada prognozowaną zdolność kredytową do kwoty 1.500.000,00 zł. Wynika z powyższego, zdaniem Odwołującego, iż wykonawca Konsorcjum nie spełnia wymogu uczestnictwa w postępowaniu zawartego w pkt 5.1.3 litera b) SIWZ, tym samym powinien być wykluczony z przedmiotowego postępowania.

W proteście Odwołujący kwestionował również polisę OC Konsorcjum, ale nie podtrzymał zarzutów w tym zakresie w odwołaniu.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, wykluczenie Konsorcjum z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Izba zwróciła uwagę, że Odwołujący kwestionował wyłącznie potwierdzenie spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu – w razie potwierdzenia się tych zarzutów, Konsorcjum byłoby wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji oferta Konsorcjum byłaby uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Wśród zarzutów zawartych w proteście i w odwołaniu brak wskazania jakichkolwiek podstaw faktycznych do zastrzeżeń wobec niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wobec powyższego Izba badała wyłącznie ewentualne naruszenie art. 7 ust.1 i 3 i art. 24 ust.2 pkt.3 Prawa zamówień publicznych

(dotyczących równego traktowania wykonawców i wykluczenia Konsorcjum z postępowania), a nie badała naruszenia art. 82 ust.3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych (dotyczących odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ).

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w zakresie rozpatrywanego zarzutu ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w pkt 5.1.3 litera b) SIWZ (oraz w pkt. III.2.2. Ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) określił, iż wykonawca ma wykazać, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, w tym w szczególności, iż posiada środki finansowe w wysokości stanowiącej co najmniej równowartość 2.000.000 zł (dwóch milionów złotych) lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej równowartości 2.000.000 zł (dwóch milionów złotych).

2. Konsorcjum załączyło do oferty opinię bankową z dn. 12.08.2009 r. (str. 51 oferty, kopia oferty w aktach sprawy), z której wynika, że jeden z uczestników Konsorcjum posiada środki w wysokości 1 072 783,65 zł, oraz zdolność kredytową do kwoty 1,5 mln zł. Drugi z uczestników Konsorcjum nie przedstawił żadnych dokumentów dotyczących zdolności finansowej.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że Konsorcjum w dokumentach załączonych do oferty wykazało (za pomocą wyżej przywołanej opinii bankowej), że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności finansowej.

Zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; przepisy obowiązujące w chwili wszczęcia postępowania przez Zamawiającego, dalej: Rozporządzenie), w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, może on żądać m. in. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, i dokument złożony przez Konsorcjum jest bezsprzecznie zgodny z Rozporządzeniem. Celem Zamawiającego, żądającego takiego dokumentu, jest sprawdzenie, czy potencjalny wykonawca spełnia warunek finansowy, polegający na dostępie do środków finansowych w oczekiwanej wysokości – w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia minimalną ilość środków określono na poziomie 2 000 000 zł. Z punktu widzenia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie ma znaczenia, czy wykonawca wykaże, że środki składające się na wymaganą kwotę już posiada (w znaczeniu: dysponuje gotówką) czy może je dopiero uzyskać w przyszłości, korzystając z swej zdolności kredytowej.

W ocenie Izby nie ma również znaczenia, czy środki składające się na minimalną wymaganą przez Zamawiającego kwotę zostaną zsumowane z części „gotówkowej”, i z części zapewnionej przez zdolność kredytową, bowiem znaczenie ma tylko wykazanie dostępu do środków w żądanej wysokości, a nie sposób osiągnięcia tychże środków. Nie można zatem interpretować wymogu Zamawiającego co do zdolności finansowej w sposób proponowany przez Odwołującego, ponieważ prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i w sposób nieuprawniony preferowałoby wykonawców wykazujących się dostępem do środków finansowych za pomocą tylko jednej metody (tylko gotówka albo tylko zdolność kredytowa).

Nie ulega również wątpliwości na gruncie obowiązujących przepisów, że potencjał finansowy Konsorcjum może zostać zsumowany, i wystarczające jest, aby jeden z uczestników Konsorcjum wykazał, iż ma dostęp do środków w wymaganej przez Zamawiającego wysokości (idea utworzenia Konsorcjum jest możliwość łączenia się potencjałów różnych wykonawców).

Niezależnie od powyższego, Izba przyznała rację Zamawiającemu, który na rozprawie stwierdził, że nawet gdyby zarzuty Odwołującego się potwierdziły, nie miałyby on podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania (a więc nie można byłoby uwzględnić naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), lecz zgodnie z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych musiałby wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów. Okoliczność, że Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie przedłożyłoby sporny dokument, uprawdopodobnia informacja banku dotycząca drugiego Konsorcjanta (poświadcza zdolność kredytową do wysokości 5 000 000 zł). W konsekwencji, gdyby nawet Izba uznała, że Konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, to w związku z brzmieniem art. 191 ust. 1a Prawa zamówień publicznych nie mogłaby uwzględnić odwołania, ponieważ nie miałyby to wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego, nie stwierdzono wskazywanych przez Odwołującego naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 599,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....