

Sygn. akt: KIO/UZP 44/08,
KIO/UZP 46/08,
KIO/UZP 57/08

WYROK
z dnia 07 lutego 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu/ **07.02.2008r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **23.01.2008r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5,**
- B. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, Poznań, ul Nowina 38,**
- C. Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Oława, Oława, pl. Marsz. Józefa Piłsudskiego 28** protestów:

A Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5 z dnia 21.12.2007r.

B Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, Poznań, ul Nowina 38 z dnia 21.12.2007r.

C Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5 z dnia 20.12.2007r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **XXX** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Oława, Oława, pl. Marsz. Józefa Piłsudskiego 28

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2438 zł 40 gr (słownie: dwa tysiące czterysta trzydzieści osiem złotych czterdzieści groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 812 zł 80 gr (słownie: osiemset dwanaście złotych osiemdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5**
 - B** koszty w wysokości 812 zł 80 gr (słownie: osiemset dwanaście złotych osiemdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, Poznań, ul Nowina 38**
 - C** koszty w wysokości 812 zł 80 gr (słownie: osiemset dwanaście złotych osiemdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7438 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 3312 zł 80 gr (słownie: trzy tysiące trzysta dwanaście złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Gminę Oława, Oława, pl. Marsz. Józefa**

- Piłsudskiego 28** na rzecz **Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego
- B** kwoty 812 zł 80 gr (słownie: osiemset dwanaście złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Gminę Oława, Oława, pl. Marsz. Józefa Piłsudskiego 28** na rzecz **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, Poznań, ul Nowina 38** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania
- C** kwoty 3312 zł 80 gr (słownie: trzy tysiące trzysta dwanaście złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Gminę Oława, Oława, pl. Marsz. Józefa Piłsudskiego 28** na rzecz **Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- C** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 117 561 zł 60 gr (słownie: sto siedemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 39 187 zł 20 gr (słownie: trzydzieści dziewięć tysięcy sto osiemdziesiąt siedem złotych dwadzieścia groszy) na rzecz **Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5**
- B** kwoty 39 187 zł 20 gr (słownie: trzydzieści dziewięć tysięcy sto osiemdziesiąt siedem złotych dwadzieścia groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, Poznań, ul Nowina 38**
- C** kwoty 39 187 zł 20 gr (słownie: trzydzieści dziewięć tysięcy sto osiemdziesiąt siedem złotych dwadzieścia groszy) na rzecz **Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5.**

Uzasadnienie

KIO/UZP 57/08- Odwołanie Konsorcjum

1. **Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o., ul. J. Cygana 5; 45 - 131 Opole, tel.:077/4539231, fax:077/4566457 - Lider Konsorcjum**

oraz

2. **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. ul. Dworska 1; 05 - 500 Piaseczno, tel.: 022/20 17 300, fax: 022/20 17 310 - Partner Konsorcjum.**

dotyczy protestu z dnia 20 grudnia 2007r. wniesionego przez Konsorcjum: Zakład Rolny s.c. Jerzy Stempin i Ignacy Mrozek z siedzibą w Baranowie oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „EKO-INŻYNIERIA” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim.

W odpowiedzi na przekazaną w dniu 18 grudnia 2007 roku informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, pismem z dnia 21 grudnia 2007 r. Wykonawca - *Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Robót Instalacyjno- Inżynieryjnych „LITZ” Feliks Fietz* wniósł protest m.in. przeciwko zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z pkt 8 SIWZ w zakresie „Wadium” oraz pkt 12 SIWZ, tj. „Opisu sposobu obliczenia ceny” oraz zaniechaniu wykluczenia Odwołującego się z postępowania z powodu niewniesienia wadium.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, że gwarancja ubezpieczenia zapłaty wadium, złożona w ofercie Odwołującego się Konsorcjum jest niezgodna z postanowieniami pkt 8 ppkt 2 SIWZ, co zdaniem Wnoszącego protest skutkuje stwierdzeniem braku wniesienia wadium. Z treści bowiem dokumentu wadium wynika, że zostało ono złożone przez jednego członka Konsorcjum, co jest niezgodne z pkt 8.2.2 SIWZ

Ponadto Protestujący zarzucił, że w ofercie Odwołującego się brak zaświadczenia o niekaralności z KRK dla członka zarządu PRI „Pol - Aqua” Pana Lecha Karwat. W ofercie jest co prawda rezygnacja P. Karwat z funkcji członka zarządu, lecz zdaniem Protestującego, jest to dokument niewystarczający.

Protestujący podniósł, że oferta nie zawiera zaakceptowanego wzoru umowy, co jest niezgodne z pkt 10.3.2 lit d SIWZ. Wzór umowy został podpisany przez pełnomocnika, ale nie zawiera zapisu „akceptuje”.

Ponadto kadra zaproponowana do realizacji zamówienia nie spełnia wymagań określonych w pkt 5.1.2.b SIWZ w szczególności: Protestujący wskazał na niezgodność nazwisk osoby na uprawnieniach budowlanych (Beata Halina GRUNBERG), zaś na zaświadczeniu

o przynależności do Izby Inżynierów Budownictwa (Beata GRUNBERG). Z punktu formalnego wskazał, że nie są to te same osoby.

Protestujący wskazał, że kierownik robót sanitarnych Pan K. Woźniak nie udokumentował wymaganego min. 1 - rocznego stażu i doświadczenia, liczonego od dnia uzyskania uprawnień budowlanych, co nastąpiło w dniu 3.06.2006 roku. Z treści CV (strona 15 oferty) wynika, że w okresie od listopad 2005 do nadal pełnił funkcję Inżyniera Budowy i Kierownika Budowy. Z treści dokumentu nie można więc wywnioskować od kiedy Pan K. Woźniak pełnił funkcję kierownika Budowy i czy posiada roczny staż.

Kopia protestu została przekazana Odwołującemu faxem w dniu 31 grudnia 2007 roku, w odpowiedzi na powyższe Odwołujący przyłączył się do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego, pismem z dnia 3 stycznia 2008 roku złożonym osobiście u Zamawiającego.

Pismem z dnia 5 stycznia 2008 roku, przekazanym w dniu 7 stycznia 2008 roku, Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu wszystkich wniesionych protestów, uznając za zasadne część zarzutów podniesionych przez protestujące Konsorcjum w części dotyczącej żądania odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający uznał, że wadium opiewa na jednego członka Konsorcjum, co powoduje, że Odwołujący nie wniósł skutecznie wadium. Wobec tego wykluczył z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp i odrzucił jego ofertę.

Zamawiający nie rozpatrzył pozostałych zarzutów protestu dotyczących oferty Odwołującego, gdyż wobec wykluczenia Odwołującego uznał to za bezcelowe.

W dniu 12 stycznia 2008 roku Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. wniosło odwołanie od uznania przez Zamawiającego za zasadny protestu z dnia 20 grudnia 2007 roku złożonego przez Konsorcjum: Zakład Rolny s.c. Jerzy Stempin i Ignacy Mrozek oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „EKO-INŻYNIERIA” Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez przyjęcie, iż Odwołujący się Wykonawcy działający wspólnie w ramach zawiązanego Konsorcjum nie wnieśli wymaganego wadium,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez przyjęcie, iż nie wniesienie prawidłowego wadium prowadzi do odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ,
- art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, wobec faktu, iż żądanie oddalenia dotyczącego go protestu, sformułowane w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego nie zostało przez Zamawiającego uwzględnione.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu oddalenie protestu w części dotyczącej kwestionowanego przez Wnoszącego protest zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego się Konsorcjum oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Konsorcjum i w konsekwencji w części dotyczącej żądania wykluczenia w/w Wykonawców działających wspólnie i odrzucenia złożonej przez nich oferty,
- unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego i unieważnienie odrzucenia jego oferty,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami prawa, przy uwzględnieniu oferty Odwołującego,
- orzeczenie o obowiązku Zamawiającego pokrycia kosztów niniejszego postępowania odwoławczego oraz kosztów poniesionych przez Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, na podstawie przedstawionych rachunków w dalszym etapie postępowania

W odniesieniu do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp z powodu niewniesienia wadium podniósł, że żaden z przepisów ustawy pzp nie wymaga, by w razie składania wspólnej oferty przez kilku wykonawców, łączne wadium wnosili wszyscy wykonawcy działający wspólnie.

Istota wadium sprowadza się do zabezpieczenia oferty przez cały okres związania ofertą, w tym także przez okres przedłużony lub przez okres zawieszenia terminu ważności oferty. Wadium ma zabezpieczać interesy Zamawiającego do czasu zawarcia umowy, będącej przedmiotem postępowania.

Zdaniem Odwołującego wadium wniesione na zlecenie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „WPBK” Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w postaci gwarancji ubezpieczeniowej spełnia wymogi ustawowe i jest wadium skutecznie wniesionym, które w sposób wystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego.

W szczególności Odwołujący podkreślił, iż gwarancja ubezpieczeniowa została ustanowiona w dniu 19 września 2007r. a więc dwa dni po udzieleniu na rzecz PBI „WPBK” Sp. z o.o. pełnomocnictwa przez PRI „POL-AQUA” S.A. Pełnomocnictwo to obejmuje upoważnienie Lidera Konsorcjum - PBI „WPBK” Sp. z o.o. m.in. do „wniesienia na rzecz Zamawiającego wadium w wysokości i formie przez niego wymaganej”, „zawarcia i podpisania Kontraktu z Zamawiającym” oraz do „zaciągania zobowiązań, składania oświadczeń woli i otrzymywania instrukcji i poleceń w imieniu i na rzecz Wykonawców”.

Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący wskazał na liczne wyroki Zespołów Arbitrów oraz doktrynę w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego wymóg pkt 8.2. SIWZ ma charakter formalny, zaś brak wskazania wszystkich członków Konsorcjum nie wpływa w żaden sposób na zabezpieczenie oferty złożonej przez Odwołującego, a tym samym zabezpieczenia interesów Zamawiającego.

Brak wymaganej w SIWZ treści dokumentu wadium, zdaniem Odwołującego nie daje podstaw do odrzucenia oferty. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tylko niezgodność treści samej oferty ze specyfikacją skutkuje odrzuceniem tej oferty. Natomiast ustanowiona gwarancja ubezpieczeniowa nie składa się na ofertę. Wadium nie jest bowiem elementem treści oferty, a jedynie jest środkiem, który tę ofertę i wynikające z niej zobowiązanie Wykonawcy w terminie związania oferta zabezpiecza od strony ewentualnych finansowych roszczeń ze strony Zamawiającego.

W odniesieniu do nierozpatrzonych przez Zamawiającego zarzutów Odwołujący nie zgadzając się z nimi wyjaśnił, że gdyby nawet uznać za faktyczne braki załączonych do oferty dokumentów, to należy wskazać, iż nie były to braki lub błędy, które nie mogłyby być usunięte w trybie procedury uzupełniania lub wyjaśniania, o której mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp.

W uzupełnieniu do argumentacji przedstawionej wobec zarzutu dotyczącego Kierownika Robót Sanitarnych, Odwołujący wskazał, iż wymogi określone w pkt 5.1.2.b. SIWZ dotyczące Kierownika Budowy obejmują w całości wymogi określone poniżej w SIWZ dla Kierownika Robót Sanitarnych. Tym samym, skoro powołany przez Odwołującego w ofercie pan Ryszard Choromański spełniał nie tylko wymogi dla Kierownika Budowy, ale także dla Kierownika Robót Sanitarnych, wówczas należy stwierdzić, iż Odwołujący wykazał posiadanie odpowiedniej kadry pracowniczej zdolnej do wykonania zadania inwestycyjnego objętego zamówieniem publicznym, niezależnie od wykazania posiadania wymaganych uprawnień i doświadczenia zawodowego po stronie pana Krzysztofa Woźniaka.

KIO/UZP 46/08- Odwołanie

Przedsiębiorstwa Handlowo-Uługowe Robót Instalacyjno Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz z siedzibą w Poznaniu, ul. Nowina 38

dotyczy protestów wniesionych w dniach 24 grudnia i 27 grudnia 2007r. przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ul. J. Cygana 5 oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL -AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1.

W odpowiedzi na przekazaną w dniu 18 grudnia 2007 roku informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, pismami z dnia 24 i 27 grudnia 2007r.. Wykonawca - *Konsorcjum*: Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., wniosło protesty m.in. przeciwko zaniechaniu odrzucenia oferty firmy LITZ.

Kopia protestu została przekazana Odwołującemu faxem w dniu 2 stycznia 2008 roku, w odpowiedzi na powyższe Odwołujący przyłączył się do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2008 roku.

Jednocześnie Odwołujący wniósł w dniu 21 grudnia 2007 roku samodzielny protest, w którym domagał się odrzucenia oferty *Konsorcjum*: Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. jako niezgodnej z pkt 8 SIWZ w zakresie „Wadium” oraz pkt 12 SIWZ, tj. „Opisu sposobu obliczenia ceny” oraz zaniechaniu wykluczenia Odwołującego się z postępowania z powodu niewniesienia wadium.

Pismem z dnia 5 stycznia 2008 roku, przekazanym w dniu 7 stycznia 2008 roku, Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu wszystkich wniesionych protestów, uznając za zasadne część zarzutów podniesionych przez Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A w zakresie dotyczącym żądania odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący różnic cen występujących w pozycjach kosztorysowych z cenami podanymi w zestawieniu materiałów i uznał, że w tym zakresie oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Zamawiający uznał także za zasadny zarzut błędu w obliczeniu ceny oferty firmy LITZ polegający na błędnym podsumowaniu każdego z rozdziałów, a tym samym błędu w obliczeniu ceny, ale tylko w „kategorii omyłki rachunkowej”. Pozostałe zarzuty dotyczące niezgodności oferty LITZ z SIWZ Zamawiający oddalił.

W odniesieniu do protestu złożonego przez Odwołującego się w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty *Konsorcjum*: Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego

„WPBK” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., Zamawiający uznał za zasadny zarzut dotyczący braku skutecznego wniesienia wadium przez Konsorcjum. Pozostałych zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego Zamawiający nie rozpatrzył, gdyż wobec wykluczenia Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., uznał to za bezcelowe.

W dniu 11 stycznia 2008 roku Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno - Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz z siedzibą w Poznaniu, ul. Nowina 38, wniosło odwołanie.

Odwołujący podtrzymał argumenty zawarte w przystąpieniu z dnia 4 stycznia 2008r. do postępowania protestacyjnego i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 22 ust. 1 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w związku z art. 180 ust. 7 poprzez nieuzasadnione rozpoznanie protestów wniesionych przez podmiot nieuprawniony, tj. Konsorcjum WPBK Sp. z o.o., POL-AQUA S.A., podczas gdy Konsorcjum to podlegało wykluczeniu z postępowania, a tym samym pozbawione było prawa do ubiegania się o zamówienie, a co za tym idzie prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym prawa do wniesienia protestu,
- art. 180 ust. 1 ustawy pzp poprzez rozpoznanie drugiego z protestów wniesionych przez tego samego wykonawcę, tj. Konsorcjum WPBK Sp. z o.o., POL-AQUA S.A., na tę samą czynność Zamawiającego, tj. protestu wniesionego w dniu 27 grudnia 2007r.,
- art. 89 ust 1 pkt 2 i 6 ustawy pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, iż cena w ofercie Odwołującego została obliczona w sposób niezgodny z wymogami Zamawiającego, co spowodowało w efekcie bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego,
- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w następstwie uwzględnienia zarzutów zgłoszonych przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (Konsorcjum WPBK Sp. z o.o. POL-AQUA S.A., przy jednoczesnym pozostawieniu bez rozpoznania zarzutów Odwołującego, zgłoszonych pod adresem oferty złożonej przez w/w Konsorcjum, a więc działanie Zamawiającego stojące w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podnosi także, że skutek uznania przez Zamawiającego jedynie w części jego protestu, wniesionego w dniu 21 grudnia 2007r., za zasadny (tj. w zakresie dotyczącym zarzutu nie zabezpieczenia oferty złożonej przez ww. Konsorcjum wymaganym wadium), interes prawny Odwołującego może doznać uszczerbku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz

- nakazanie unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że Zamawiający niezasadnie przystąpił do rozpoznania protestów wniesionych przez konsorcjum WPBK Sp. z o.o. i POL AQUA S.A., bowiem wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami pkt 8.2.2 SIWZ. Zatem wykonawca ten utracił prawo do ubiegania się o zamówienie i konsekwentnie utracił interes prawny w uzyskaniu zamówienia, który jest bezwzględną przesłanką korzystania ze środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 1 ustawy), w tym z prawa do wniesienia protestu. Zamawiający winien był na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy odrzucić oba protesty wniesione przez w/w konsorcjum, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Ponadto Odwołujący podtrzymał zarzut nieskutecznego wniesienia wadium przez Konsorcjum. W uzasadnieniu stwierdził, że z treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wystawionego w dniu 19.09.2007r. przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ W Warszawie, wynika jednoznacznie, iż przedmiotowe wadium wniesiono wyłącznie na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o., a więc jednego z podmiotów składających ofertę wspólną. Wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu było natomiast konsorcjum, w skład którego wchodziły niezależne podmioty, tj. firmy „WPBK” Sp. z o.o. oraz „POL-AQUA” S.A. Fakt przedstawienia wadium jedynie na rzecz jednego z nich, winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 ustawy, a następnie, w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4, wykluczeniem konsorcjum z postępowania o zamówienie publiczne. Na poparcie przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się błędu rozpoznając drugi protest wniesiony przez Konsorcjum WPBK Sp. z o.o. oraz POL- AQUA. Zamawiający, rozpoznając drugi w kolejności (złożony w dniu 27 grudnia 2007r.), naruszył w sposób rażący dyspozycję art. 180 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem: „Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego.” Jak wynika wprost z przytoczonego przepisu, w odniesieniu do jednej czynności Zamawiającego danemu wykonawcy przysługuje prawo do wniesienia jednego protestu.

Zatem zdaniem Odwołującego prawo do wniesienia protestu konsorcjum WPBK Sp. z o.o. i POL - AQUA S.A. skonsumowało składając pierwszy protest, tj. protest z dnia 24 grudnia 2007r. a Zamawiający, rozpoznając merytorycznie ten protest, naruszył w sposób rażący przepis art. 180 ust. 1 ustawy.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia swojej oferty Odwołujący podniósł, że zarzut podania różnej ceny piasku w załączonym kosztorysie ofertowym w stosunku do ceny piasku określonej w zestawieniu materiałów jest nieprawdziwy. O ile bowiem w zestawieniu materiałów w poz. 12 w istocie jest mowa o piasku, o tyle w poz. 84 kosztorysu ofertowego (i wszystkich pozostałych tożsamyh pozycjach kosztorysowych) mowa jest już o czynności polegającej na wykonaniu „Podłoża i obsypki z kruszyw naturalnych dowiezionych”. Zarzut podania różnej ceny piasku w załączonym kosztorysie ofertowym w stosunku do ceny piasku określonej w zestawieniu materiałów jest nieprawdziwy. O ile w zestawieniu materiałów w poz. 12 w istocie jest mowa o piasku, o tyle w poz. 84 kosztorysu ofertowego mowa jest już o czynności polegającej na wykonaniu „Podłoża i obsypki z kruszyw naturalnych dowiezionych”. Odwołujący zakłada, że podłoże i obsypkę wykona z różnego rodzaju i różnego pochodzenia kruszyw naturalnych, w tym m.in. z kruszyw dowiezionych z urobku uzyskanego na innych budowach, a także z materiału pozyskanego od współpracujących stale z Odwołującym firm, prowadzących różnego rodzaju roboty ziemne. Z tego względu materiał przyjęty do kalkulacji poz. 84 kosztorysu ofertowego przyjęto w diametralnie różnej cenie, aniżeli cena piasku podana w poz. 12 zestawienia materiałów.

Dodatkowo Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście, a nierozpatrzone przez Zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty Konsorcjum WPBK Sp. z o.o. i POL - AQUA S.A., z uwagi na niezgodności pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarami robót.

Dodatkowo Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście, a nierozpatrzone przez Zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty Konsorcjum WPBK Sp. z o.o. i POL - AQUA S.A., z uwagi na niezgodności pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarami robót.

- w kosztorysie Etap I - Zadanie Nr I - Kanalizacja sanitarna grawitacyjna z rur PCV 200mm w poz. 76, 77, 78, 79, 80, 81 (strona 124 oferty) błędy w przyjętej jednostce obmiarowej robót oraz w konsekwencji w ilości przedmiarowej robót (poz.78): jest: ilość przedmiarowa: 1,08 i jednostka miary: 1 m co daje: 1,08 m2, a powinno być: ilość przedmiarowa: 1,08 i jednostka miary: 100 m co daje: 108,0 m2

Wskazał, że podobne błędy występują również w innych kosztorysach i innych pozycjach kosztorysowych, tj.: poz. 59 i 60 strona 136 oferty; poz. 59 i 60 strona 148 oferty; poz. 9 strona 181 oferty; poz. 56 i 57 strona 195 oferty; poz. 21 strona 203 oferty; poz. 36 i 37

strona 211 oferty; poz. od 40 do 44 strona 219 i 220 oferty; poz. 16 strona 227 oferty; poz. 27 strona 235 oferty; poz. 39 i 40 strona 259 oferty; poz. 30 i 31 strona 268 oferty; poz. 7 strona 275 oferty; poz. 38 i 39 strona 282; poz. od 50 do 54 strona 292 oferty; poz. 47 strona 304 oferty; poz. 50 strona 315 oferty; poz. 3 strona 347 oferty; poz. od 40 do 42 strona 360 oferty; poz. od 25 do 27 strona 369 oferty; poz. od 40 do 42 strona 377 oferty; poz. od 22 do 24 strona 386 oferty; poz. od 41 do 44 strona 394 oferty; poz. 17 strona 402 oferty; poz. 27 strona 410 oferty; poz. 9 strona 431 oferty; poz. od 22 do 23 strona 444 oferty; poz. 13 strona 451 oferty; poz. od 55 do 60 strona 460 oferty; poz. 30 strona 470 oferty; poz. 30 strona 478 oferty; poz. 25 i 26 strona 500 oferty.

- w kosztorysie Etap I - Zadanie Nr I - Rurociągi tłoczne z Ps14, 15, 16, 17 i Pg3 z rur PE 63mm - w poz. 77 (strona 196y) błąd w przyjętej jednostce obmiarowej robót oraz, w konsekwencji, w ilości przedmiarowej robót: jest: ilość przedmiarowa: 158,00 i jednostka miary: 10 m co daje: 1.580,00 m, a powinno być: ilość przedmiarowa: 158,00 i jednostka miary: 1,00 m co daje: 158,0 m.

podobne błędy występują również w innych kosztorysach i innych pozycjach

kosztorysowych, tj.: poz. 32 strona 204 oferty; poz. 55 strona 212 oferty; poz. 57 strona 260 oferty; poz. 46 strona 269 oferty; poz. 14 strona 275 oferty; poz. 56 strona 283 oferty; poz. 66 strona 362 oferty; poz. 43 strona 370 oferty; poz. 71 strona 379 oferty; poz. 40 strona 386 oferty; poz. 36 strona 444; poz. 22 strona 452 oferty; poz. 37 strona 500 oferty.

KIO/UZP 44/08 - Odwołanie Konsorcjum

- 3. Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o., ul. J. Cygana 5; 45 - 131 Opole, tel.:077/4539231, fax:077/4566457 - Lider Konsorcjum**

oraz

- 4. Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. ul. Dworska 1; 05 - 500 Piaseczno, tel.: 022/20 17 300, fax: 022/20 17 310 - Partner Konsorcjum.**

dotyczy protestu z dnia 21 grudnia 2007r. wniesionego przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno- Inżynieryjnych „LITZ” Feliks Fietz.

W odpowiedzi na przekazaną w dniu 18 grudnia 2007 roku informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, pismem z dnia 21 grudnia 2007r. Wykonawca - Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno- Inżynieryjnych „LITZ” Feliks Fietz wniósł protest m.in. przeciwko zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z pkt 8 SIWZ w zakresie „Wadium” oraz pkt 12 SIWZ, tj. „Opisu sposobu obliczenia ceny” oraz zaniechaniu wykluczenia Odwołującego się z postępowania z powodu nie wniesienia wadium.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, że gwarancja ubezpieczenia zapłaty wadium nr 1502/Op/IO I/2007 wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUZ” z siedzibą w Warszawie, złożona w ofercie Odwołującego się Konsorcjum jest niezgodna z postanowieniami pkt 8 ppkt 2 SIWZ, co zdaniem Wnoszącego protest skutkuje stwierdzeniem braku wniesienia wadium. W szczególności w dokumencie gwarancji jako Wykonawcę, czyli zlecającego udzielenie gwarancji wskazano tylko Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu. Takie oznaczenie zlecającego gwarancję oznacza, iż wadium zostało wniesione tylko i wyłącznie w imieniu jednego z partnerów Konsorcjum. Na uzasadnienie Protestujący powołał wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu (sygn. Ca 489/06).

Ponadto Protestujący zarzucił sprzeczność oferty złożonej przez Odwołującego się z pkt 12 ppkt 1 lit a SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”. Załączony kosztorys ofertowy Odwołującego jest niezgodny z przedmiarami robót w zakresie:

Kosztorys Etap I – zadanie nr I – błędy w przyjętej jednostce obmiarowej robót oraz w konsekwencji w ilości przedmiarowej robót w poz. 76,77,78,79,80,81 (strona 124 oferty), np. poz.78 - jest: 1,08 x jednostka miary 1m² co daje 1,08 m² , winno być: 1,08 x jednostka miary 100 m², co daje 108,0 m².

Kopia protestu została przekazana Odwołującemu faxem w dniu 21 grudnia 2007 roku, w odpowiedzi na powyższe Odwołujący przyłączył się do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego, o czym poinformował pismem z dnia 20 grudnia 2007 roku (wpływ do Zamawiającego w dniu 24 grudnia 2007 roku).

Odwołujący, nie zgadzając się z zarzutami dotyczącymi jego oferty podniósł, że wadium zostało wniesione skutecznie, w szczególności gwarancja została wystawiona w dniu 19 września 2007 roku, a więc dwa dni po udzieleniu na rzecz PBI WPBK Sp. z o.o. pełnomocnictwa przez PRI „POL-AQUA”. Pełnomocnictwo to obejmuje m.in. upoważnienie dla Lidera Konsorcjum do wniesienia na rzecz Zamawiającego wadium.

W odniesieniu do wskazanych błędów o obliczeniu ceny Odwołujący wskazał, że przywołane pozycje kosztorysu nie naruszają zasad określonych dla wyceny przedmiotu zamówienia wskazanych w SIWZ.

Pismem z dnia 5 stycznia 2008 roku, przekazanym w dniu 7 stycznia 2008 roku, Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu wszystkich wniesionych protestów, uznając za zasadne zarzuty podniesione przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno- Inżynieryjnych „LITZ” Feliks Fietz w części dotyczącej żądania odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania. W szczególności Zamawiający uznał, że wadium opiewa na jednego członka Konsorcjum, co powoduje, że Odwołujący nie wniósł skutecznie wadium. Wobec tego Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

Zamawiający nie rozpatrzył pozostałych zarzutów protestu dotyczących oferty Odwołującego, gdyż wobec wykluczenia Odwołującego uznał to za bezcelowe.

W dniu 11 stycznia 2008 roku Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. wniosło odwołanie od uznania przez Zamawiającego za zasadny protestu wniesionego w dniu 21 grudnia 2007 roku złożonego przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno- Inżynieryjnych „LITZ” Feliks Fietz.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez przyjęcie, iż Odwołujący się Wykonawcy działający wspólnie w ramach zawiązanego Konsorcjum nie wnieśli wymaganego wadium,

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, poprzez przyjęcie, iż niewniesienie prawidłowego wadium prowadzi do odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ,
- art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, wobec faktu, iż żądanie oddalenia dotyczącego go protestu, sformułowane w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego nie zostało przez Zamawiającego uwzględnione.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu oddalenie protestu w części dotyczącej kwestionowanego przez wnoszącego Protest zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego się Konsorcjum oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Konsorcjum i w konsekwencji w części dotyczącej żądania wykluczenia w/w Wykonawców działających wspólnie i odrzucenia złożonej przez nich oferty,
- unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego i unieważnienie odrzucenia jego oferty,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami prawa, przy uwzględnieniu oferty Odwołującego,
- orzeczenie o obowiązku Zamawiającego pokrycia kosztów niniejszego postępowania odwoławczego oraz kosztów poniesionych przez Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, na podstawie przedstawionych rachunków w dalszym etapie postępowania

Odwołujący podtrzymał argumenty zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego i dodatkowo wyjaśnił:

Odnośnie niewniesienia wadium Odwołujący podniósł, że żaden z przepisów ustawy pzp nie wymaga, by w razie składania wspólnej oferty przez kilku wykonawców, łączne wadium wnosili wszyscy wykonawcy działający wspólnie.

Istota wadium sprowadza się do zabezpieczenia oferty przez cały okres związania ofertą, w tym także przez okres przedłużony lub przez okres zawieszenia terminu ważności oferty. Wadium ma zabezpieczać interesy Zamawiającego do czasu zawarcia umowy, będącej przedmiotem postępowania. Zdaniem Odwołującego wadium wniesione na zlecenie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „WPBK” Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w postaci gwarancji ubezpieczeniowej spełnia wymogi ustawowe i jest wadium skutecznie wniesionym, które w sposób wystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący wskazał na liczne wyroki Zespołów Arbitrów oraz doktrynę w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego wymóg pkt 8.2. SIWZ ma charakter formalny, zaś brak wskazania wszystkich członków Konsorcjum nie wpływa w żaden sposób na zabezpieczenie oferty złożonej przez Odwołującego, a tym samym zabezpieczenia interesów Zamawiającego.

Brak wymaganej w SIWZ treści dokumentu wadialnego, zdaniem Odwołującego nie daje podstaw do odrzucenia oferty. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tylko niezgodność treści samej oferty ze specyfikacją skutkuje odrzuceniem tej oferty. Natomiast ustanowiona gwarancja ubezpieczeniowa nie składa się na ofertę. Wadium nie jest bowiem elementem treści oferty, a jedynie jest środkiem, który tę ofertę i wynikające z niej zobowiązanie Wykonawcy w terminie związania ofertą, zabezpiecza od strony ewentualnych finansowych roszczeń ze strony Zamawiającego.

W odniesieniu do nierozpatrzonych przez Zamawiającego zarzutów dotyczących błędnego wyliczenia ceny i wypełnienia kosztorysu, Odwołujący wyjaśnił, że:

W poz. 76,77,78,79,80 i 81 kosztorysu ofertowego oraz tożsamy, chcąc zachować taki sam układ ilości przedmiarowych jak zamieszczono w przedmiarach zastosowano krotności.

Kosztorys został sporządzony w programie NORMA, który daje możliwość zastosowania krotności. Wykorzystanie tej funkcji powoduje automatyczne przeliczenie nakładów przez wielkość tej krotności.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących poz. 77 kosztorysu oraz tożsamy Odwołujący wyjaśnił, że przy zastosowaniu podstaw wyceny nakłady dodatkowe przypadają na każde 10 m różnicy długości, co po podzieleniu przez jednostkę obmiarową (obejmującą nakład 10 m) daje w rezultacie nakłady na 1m. Ponadto wskazał, że dla tych pozycji Zamawiający dopuścił zastosowanie wyceny indywidualnej tych pozycji.

KIO/UZP 57/08

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o., ul. J. Cygana 5; 45 - 131 Opole - Lider Konsorcjum oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL -AQUA” S.A. ul. Dworska 1; 05 -500 Piaseczno - Partner Konsorcjum**, dotyczącego protestu z dnia 20 grudnia 2007r. wniesionego przez Konsorcjum: Zakład Rolny s.c. Jerzy Stempin i Ignacy Mrozek z siedzibą w Baranowie oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „EKO - INŻYNIERIA” Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim skład orzekający Izby uwzględni odwołanie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, oświadczeń stron złożonych na rozprawie skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, ustalił i zważył, co następuje:

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym w treści odwołania i wyrażonym na rozprawie w zakresie skuteczności wniesienia przez Odwołującego wadium.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową między ubezpieczycielem (gwarantem) a beneficjentem gwarancji (zamawiającym), w której ubezpieczyciel zobowiązuje się do uiszczenia kwoty na wypadek niewypełnienia przez podmiot trzeci (wykonawcę) zobowiązania. Załącznik nr 2 do ustawy o działalności ubezpieczeniowej w ramach podziału ryzyk w dziale II pkt 15 przewiduje gwarancję ubezpieczeniową wyróżniając gwarancję bezpośrednią i pośrednią. Instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie ma odrębnej regulacji prawnej. Zobowiązanie gwaranta jest samoistne i abstrakcyjne, co oznacza, że zakład ubezpieczeń odpowiada nie za cudzy dług, lecz za dług własny.

Gwarancja bezwarunkowa oznacza zobowiązanie do wykonania określonego świadczenia w razie braku świadczenia dłużnika, gwarancja na pierwsze żądanie oznacza, że ubezpieczyciel ma obowiązek zapłaty po otrzymaniu wezwania od beneficjenta gwarancji, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenie nastąpiło.

Zatem, zdaniem KIO, wniesienie wadium wyłącznie przez Lidera Konsorcjum, nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji i ewentualnych roszczeń Zamawiającego w tym zakresie.

Dokument gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 19.09.2007 roku nr 1502/op/101/2007 wystawiony przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUZ”, załączony do oferty Odwołującego wyraźnie wskazuje warunki, odpowiadające treści art. 46 ust. 5 pzp, po których ziszczeniu zamawiający (beneficjent) uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta.

Gwarancja nie uzależnia w żaden sposób praw beneficjenta od konieczności wskazania w jej treści pełnej nazwy Konsorcjum.

Wadium ma na celu zabezpieczenie interesów Zamawiającego poprzez materialne zagwarantowanie podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Nie powinno mieć zatem znaczenia kto faktycznie wnosi wadium, jeśli zabezpiecza ono konkretną ofertę. Wadium nie jest bowiem miernikiem kondycji finansowej wykonawcy (*Komentarz Prawo Zamówień Publicznych pod red. Jerzego Pieroga s. 145*).

W ocenie składu orzekającego Izby okoliczność ta potwierdza skuteczność wniesienia wadium w niniejszym postępowaniu. Fakt, że gwarancja wystawiona jest na Lidera Konsorcjum nie ma wpływu na prawa Zamawiającego do ewentualnego zatrzymania wadium.

W przedmiotowym postępowaniu firmy WBPk Sp. z o.o. oraz POL- AQUA S.A. ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia. Zgodnie z pełnomocnictwem udzielonym przez członka Konsorcjum – POL- AQUA S.A. w dniu 17 września 2007 roku, załączonego do oferty Odwołującego, Lider Konsorcjum PBI „WPBK” Sp. z o.o. został upoważniony m.in. do „wniesienia na rzecz Zamawiającego wadium w wysokości i formie przez niego wymaganej”, „zawarcia i podpisania kontraktu z Zamawiającym” oraz do „zaciągania zobowiązań, składania oświadczeń woli i otrzymywania instrukcji i poleceń w imieniu i na rzecz Wykonawców”. Kwestionowana gwarancja ubezpieczeniowa została ustanowiona w dniu 19 września 2007 roku, a więc dwa dni po udzieleniu na rzecz PBI „WPBK” Sp. z o.o. pełnomocnictwa przez PRI „POL-AQUA” S.A.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wadium jest nieodłącznie związane z ofertą, zatem skuteczność jego wniesienia należy rozpatrywać w kontekście wszystkich dokumentów, załączonych w ofercie, w tym przypadku w szczególności łącznie z pełnomocnictwem udzielonym Liderowi Konsorcjum.

Art. 23 ust. 3 ustawy pzp przewiduje, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, występujących wspólnie. Konsorcjum jako takie jest pozbawione podmiotowości prawnej, a zatem niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek. W imieniu Konsorcjum działają jego członkowie, zatem gwarancja wadium może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków Konsorcjum.

Skład orzekający Izby uznał także, że kwestionowana gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie jest sprzeczna z pkt 8.2 SIWZ i wobec tego nie istnieje przesłanka do odrzucenia oferty. Niezgodność tą można rozpatrywać jedynie w kontekście niezgodności co do formy dokumentu, a nie jego treści. Niezgodność zaś co do formy nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Skoro zatem, jak wykazano powyżej, wadium zostało wniesione skutecznie, to nie istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, z tego powodu, że wykonawca „nie wniósł wadium”. Istotne jest to, że Lider Konsorcjum- WPBK działał w dacie ustanowienia gwarancji jako pełnomocnik członka Konsorcjum – POL-AQUA S.A.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana Lecha Karwat, należy podkreślić że nie stanowił on kwestii spornej między stronami postępowania, tj. między Zamawiającym a Odwołującym. W ocenie składu orzekającego Izby zgodnie z art. 369 § 5 i 6 kodeksu spółek handlowych mandat członka zarządu wygasa wskutek rezygnacji ze składu zarządu, zaś do złożenia rezygnacji przez

członka zarządu stosuje się odpowiednio przepisy o wypowiedzeniu zlecenia przez przyjmującego zlecenie.

W ofercie załączono dokument dotyczący rezygnacji z funkcji członka zarządu złożony przez Pana Lecha Karwat do Rady Nadzorczej spółki. Jednocześnie Konsorcjum załączyło informację, że na dzień składania ofert Sąd Rejonowy dla m. St. Warszawy nie dokonał jeszcze stosownych zmian w Krajowym Rejestrze Sądowym Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „WPBK” Sp. z o.o. Zatem należy uznać, że w świetle złożonych w ofercie dokumentów nie było koniecznym przedstawianie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do Pana Lecha Karwat.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Odwołującego, że w jego ofercie znajduje się zaakceptowany wzór umowy w formie jakiej wymagał tego w SIWZ Zamawiający. Fakt nieuwzględnienia sformułowania „akceptuje” przy własnoręcznych podpisach osób upoważnionych do reprezentowania Konsorcjum nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty, gdyż nie zachodzi w tych okolicznościach sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Złożenie własnoręcznych podpisów na dokumencie spełnia wymagania co do zachowania formy pisemnej, zaś brak słów „akceptuje” może stanowić jedynie o niezgodności co do formy a nie treści. Odwołujący na stronie 3 oferty oświadczył, że akceptuje wzór umowy bez zastrzeżeń.

Odnosząc się do zarzutu zgłoszonego w proteście przez Konsorcjum: Zakład Rolny s.c. Jerzy Stempin i Ignacy Mrozek oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „EKO-INŻYNIERIA” Sp. z o.o., dotyczącego niezgodności nazwisk osoby Beaty Grunberg na uprawnieniach budowlanych oraz na zaświadczeniu o przynależności do Izby Inżynierów Budownictwa, w ocenie składu orzekającego Izby fakt, iż wskazane dokumenty dotyczą tej samej osoby nie budzi wątpliwości. Słusznie podniósł Odwołujący, że również Zamawiający nie miał wątpliwości oceniając złożone dokumenty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej podzielił również stanowisko Odwołującego w kwestii posiadania przez kierownika robót sanitarnych Pana K. Woźniak wymaganego 1- rocznego stażu i doświadczenia. Jak wynika z analizy treści dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum, tj. decyzji z dnia 3 czerwca 2006 roku o nadaniu uprawnień (strona 16 oferty) oraz informacji z przebiegu pracy zawodowej (strona 15 oferty) Pan Krzysztof Woźniak wykazał w sposób właściwy posiadanie wymaganego w pkt 5.1.2b SIWZ doświadczenia. W szczególności z treści przytoczonych dokumentów wynika, że P. Woźniak uzyskał uprawnienia budowlane w dniu 3 czerwca 2006 roku, zaś w dokumencie „przebieg pracy zawodowej..” znajduje się oświadczenie złożone przez osobę upoważnioną do reprezentowania Lidera Konsorcjum, że P. Woźniak zajmuje stanowisko Kierownika Budowy/ Inżyniera Budowy do chwili obecnej.

KIO/UZP 46/08

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno - Inżynieryjnych LITZ Feliks Fietz z siedzibą w Poznaniu, ul. Nowina 38

dotyczy protestów wniesionych w dniach 24 grudnia i 27 grudnia 2007r. przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ul. J. Cygana 5 oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL -AQUA” S.A. z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, oświadczeń stron złożonych na rozprawie skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, ustalił i zaważył, co następuje:

Skład orzekający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym w treści odwołania i wyrażonym na rozprawie w zakresie braku skuteczności wniesienia przez Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o., ul. J. Cygana 5; 45 - 131 Opole - Lider Konsorcjum oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL -AQUA” S.A. wadium i w tym zakresie zarzut oddala.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową między ubezpieczycielem (gwarantem) a beneficjentem gwarancji (zamawiającym), w której ubezpieczyciel zobowiązuje się do uiszczenia kwoty na wypadek niewypełnienia przez podmiot trzeci (wykonawcę) zobowiązania. Załącznik nr 2 do ustawy o działalności ubezpieczeniowej w ramach podziału ryzyk w dziale II pkt 15 przewiduje gwarancję ubezpieczeniową wyróżniając gwarancję bezpośrednią i pośrednią. Instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie ma odrębnej regulacji prawnej. Zobowiązanie gwaranta jest samoistne i abstrakcyjne, co oznacza, że zakład ubezpieczeń odpowiada nie za cudzy dług, lecz za dług własny.

Gwarancja bezwarunkowa oznacza zobowiązanie do wykonania określonego świadczenia w razie braku świadczenia dłużnika, gwarancja na pierwsze żądanie oznacza, że ubezpieczyciel ma obowiązek zapłaty po otrzymaniu wezwania od beneficjenta gwarancji, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenie nastąpiło.

Zatem zdaniem KIO wniesienie wadium wyłącznie przez Lidera Konsorcjum, nie ma znaczenia dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji i ewentualnych roszczeń Zamawiającego w tym zakresie.

Dokument gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 19.09.2007 roku nr 1502/op/101/2007 wystawiony przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUZ” wyraźnie wskazuje warunki, odpowiadające treścią art. 46 ust. 5 pzp, po których ziszczeniu zamawiający (beneficjent) uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta.

Gwarancja nie uzależnia w żaden sposób praw beneficjenta od konieczności wskazania w jej treści pełnej nazwy Konsorcjum wnoszącego ją..

W przedmiotowym postępowaniu firmy WBPk Sp. z o.o. oraz POL- AQUA S.A. ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia. Zgodnie z pełnomocnictwem udzielonym przez członka Konsorcjum – POL- AQUA S.A. w dniu 17 września 2007 roku, załączonego do oferty Odwołującego, Lider Konsorcjum PBI „WPBK” Sp. z o.o. został upoważniony m.in. do „wniesienia na rzecz Zamawiającego wadium w wysokości i formie przez niego wymaganej”, „zawarcia i podpisania Kontraktu z Zamawiającym” oraz do „zaciągania zobowiązań, składania oświadczeń woli i otrzymywania instrukcji i poleceń w imieniu i na rzecz Wykonawców”. Kwestionowana gwarancja ubezpieczeniowa została ustanowiona w dniu 19 września 2007 roku, a więc dwa dni po udzieleniu na rzecz PBI „WPBK” Sp. z o.o. pełnomocnictwa przez PRI „POL-AQUA” S.A.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wadium jest nieodłącznie związane z ofertą, zatem skuteczność jego wniesienia należy rozpatrywać w kontekście wszystkich dokumentów, załączonych w ofercie, w tym przypadku w szczególności łącznie z pełnomocnictwem udzielonym Liderowi Konsorcjum.

Wadium ma na celu zabezpieczenie interesów Zamawiającego poprzez materialne zagwarantowanie podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Nie powinno mieć zatem znaczenia kto faktycznie wnosi wadium, jeśli zabezpiecza ono konkretną ofertę. Wadium nie jest bowiem miernikiem kondycji finansowej wykonawcy (*Komentarz Prawo Zamówień Publicznych pod red. Jerzego Pieroga s. 145*)

W ocenie składu orzekającego Izby okoliczność ta potwierdza skuteczność wniesienia wadium w niniejszym postępowaniu. Fakt, że gwarancja wystawiona jest na Lidera Konsorcjum nie ma wpływu na prawa Zamawiającego do ewentualnego zatrzymania wadium.

Art. 23 ust. 3 ustawy pzp, przewiduje, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, występujących wspólnie. Konsorcjum jako takie jest pozbawione podmiotowości prawnej, a zatem niezdolne do zaciągania zobowiązań na własny rachunek. W imieniu Konsorcjum działają jego członkowie, zatem gwarancja wadium może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków Konsorcjum.

Skład orzekający Izby uznał także, że kwestionowana gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie jest sprzeczna z pkt 8.2 SIWZ i wobec tego nie istnieje przesłanka do odrzucenia oferty. Niezgodność tą można rozpatrywać jedynie w kontekście niezgodności co do formy dokumentu, a nie jego treści. Niezgodność zaś co do formy nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Skoro zatem, jak wykazano powyżej, wadium zostało wniesione skutecznie, to nie istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, z tego powodu, że wykonawca „nie wniósł wadium”. Istotne jest to, że Lider Konsorcjum - WPBK działał w dacie ustanowienia gwarancji jako pełnomocnik członka Konsorcjum – POL-AQUA S.A.

Skład Izby nie dopatrył się także naruszenia procedury przy rozpatrywaniu protestów wniesionych przez Konsorcjum WPBK oraz POL - AQUA. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wobec wykluczenia z postępowania Konsorcjum WPBK oraz AQUA utraciło ono interes prawny w podnoszeniu zarzutów dotyczących innych ofert. Należy podkreślić, że nie można odmówić posiadania interesu prawnego przez Konsorcjum, w sytuacji, gdy jego wykluczenie z postępowania nie stało się jeszcze prawomocne. Uznać należy, że ma ono prawo podnosić zatem zarzuty dotyczące innych ofert. Brak zatem uzasadnionych podstaw do kwestionowania interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy pzp Wykonawcy przysługuje prawo do wniesienia jednego protestu i tym samym uznać, że protest wniesiony przez Konsorcjum WPBK oraz POL-AQUA w dniu 27 grudnia 2007 jako drugi w tym postępowaniu jest protestem, który nie może być rozpatrzony przez Zamawiającego merytorycznie. Należy wskazać, że przepisy ustawy nie ograniczają Wykonawców co do ilości wniesienia protestów, warunkiem jest to aby były one wniesiony w ustawowym siedmiodniowym terminie. Nie można ograniczać prawa Wykonawców do skutecznego oprotestowania czynności Zamawiającego poprzez postawienie wymogu wniesienia wszystkich zarzutów w jednym dokumencie. Wykonawcy mają prawo wnosić dowolną ilość protestów (dokumentów), warunkiem jest to, aby zarzuty wnieść w przysługującym Wykonawcom terminie na ich wniesienie. Zatem dla skuteczności wniesienia protestu nie ma znaczenia czy protest został wniesiony w jednym czy kilku dokumentach.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej na uwzględnienie zasługuje zarzut podniesiony przez Odwołującego i dotyczący bezpodstawnego odrzucenia jego oferty z postępowania z powodu błędu w obliczeniu ceny. Należy zgodzić się w tym zakresie z Odwołującym, że poz. 12 i poz. 84 kosztorysu są różnymi pozycjami, a zatem Odwołujący mógł zastosować różne ceny materiałów.

W poz. 12 w istocie jest mowa o piasku, zaś w poz. 84 kosztorysu ofertowego (i wszystkich pozostałych tożsamyh pozycjach kosztorysowych) mowa jest już o czynności polegającej na wykonaniu „podłoża i obsypki z kruszyw naturalnych dowiezionych”.

Zatem Odwołujący kalkulując swoją ofertę mógł przyjąć, że podłoże i obsypkę wykona z różnego rodzaju i pochodzenia kruszyw naturalnych, w tym m.in. z kruszyw dowiezionych z urobku uzyskanego na innych budowach, a także z materiału pozyskanego od współpracujących stale z Odwołującym firm. Z tego względu materiał przyjęty do kalkulacji poz. 84 kosztorysu ofertowego może mieć, zdaniem składu orzekającego, inną cenę aniżeli cena piasku podana w poz. 12 zestawienia materiałów. Zatem, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut dotyczący niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego znalazł potwierdzenie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędów w poz. 77 i tożsamych w kosztorysie ofertowym Konsorcjum WPBK oraz POL - AQUA, Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu i na rozprawie i wskazuje, że zwiększenie ilości robót w stosunku do przedmiaru stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1665).

Zawyżenie ilości robót w stosunku do przedmiaru robót, przekazanego przez Zamawiającego spowodowało, że złożone oferty są ofertami nieporównywalnymi, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Okoliczność, że rozliczenie wykonanych robót budowlanych nastąpi na podstawie robót faktycznie wykonanych nie ma wpływu na fakt, że w tym zakresie oferta została sporządzona niezgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ przez Zamawiającego. Zgodnie z zapisem pkt 12.1a SIWZ Zamawiający wymagał, aby zakres robót, który jest podstawą określenia ceny był zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarze i okoliczność ta jest istotna na etapie badania i oceny ofert. Zaproponowanie większego zakresu robót niż to wymagał Zamawiający, w przekonaniu składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, należy oceniać w kontekście niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jako że zakres rzeczowy robót wraz z jego wyceną, określony w kosztorysie ofertowym, należy do przedmiotowo istotnych warunków umowy.

Wobec wycofania przez Odwołującego pozostałych zarzutów dotyczących błędów w kosztorysie ofertowym Konsorcjum WPBK oraz POL - AQUA, Krajowa Izba Odwoławcza pozostawia je bez rozpoznania.

KIO/UZP 44/08

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” Sp. z o.o., ul. J. Cygana 5; 45 - 131 Opole - Lider Konsorcjum oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” S.A. ul. Dworska 1; 05 - 500 Piaseczno- Partner Konsorcjum, dotyczącego protestu z dnia 20 grudnia 2007r.

wniesionego przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno Inżynierskich LITZ Feliks Fietz z siedzibą w Poznaniu, ul. Nowina 38.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, oświadczeń stron złożonych na rozprawie skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, ustalił i zaważył, co następuje:

W zakresie zarzutu dotyczącego wadium skład orzekający powołuje się na wyżej poczynione ustalenia w tej kwestii i uznaje argumenty przedstawione przez Odwołującego za zasadne.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędów w poz. 77 i tożsamy w kosztorysie ofertowym Konsorcjum WPBK oraz POL -AQUA, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zwiększenie ilości robót w stosunku do przedmiaru stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1665).

Zawyżenie ilości robót w stosunku do przedmiaru robót, przekazanego przez Zamawiającego spowodowało, że złożone oferty są ofertami nieporównywalnymi, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Okoliczność, że rozliczenie wykonanych robót budowlanych nastąpi na podstawie robót faktycznie wykonanych nie ma wpływu na fakt, że w tym zakresie oferta została sporządzona niezgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ przez Zamawiającego. Zgodnie z zapisem pkt 12.1 a SIWZ Zamawiający wymagał, aby zakres robót, który jest podstawą określenia ceny był zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarze i okoliczność ta jest istotna na etapie badania i oceny ofert. Zaproponowanie większego zakresu robót niż to wymagał Zamawiający, w przekonaniu składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, należy oceniać w kontekście niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jako że zakres rzeczowy robót wraz z jego wyceną, określony w kosztorysie ofertowym należy do przedmiotowo istotnych warunków umowy.

W zakresie błędów w pozycjach 76,77, 78, 80 i 81 i tożsamy, których zastosowano krotności Krajowa Izba Odwoławcza zauważa, że zarzut ten nie stanowi sporu między stronami i został wycofany przez Protestującego w trakcie rozprawy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem łącznych kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 5000 zł, na podstawie przedłożonych rachunków.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*