

Sygn. akt: KIO 1615/10

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 12 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**      **Justyna Tomkowska**

**Członkowie:**            **Ryszard Tetzlaff**

**Paweł Trojan**

Protokolant:            **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 lipca 2010 r. przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Radomia, 26-600 Radom, ul. Jana Kilińskiego 30,**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: ROSA BUD S.A. (Lider konsorcjum), P.P.H.U. RO.SA.-BUD Roman Jan Saczywko (Partner konsorcjum), z adresem dla doręczeń ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

- 1. Odrzuca odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a i nakazuje:**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Warbud S.A.**, **02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162a** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie**

.....

.....

## **UZASADNIENIE**

### **do postanowienia KIO 1615/10**

Odwołujący, Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. nr 19 poz. 100 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o PPP”, w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego na realizację przedsięwzięcia pn. „Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pod nazwą: „Budowa infrastruktury sportowej przy ul. Struga w Radomiu” wnosi niniejszym odwołanie od zaniechania czynności, do której Zamawiający Gmina Miasto Radom był zobowiązany na podstawie ustawy., w dniu 30 lipca 2010 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 4 ust. 2 ustawy o PPP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy, które to zaniechanie miało miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na nie wezwaniu Wykonawcy - Konsorcjum Rosa Bud S.A. z siedzibą w Radomiu oraz PPHU RO.SA.-Bud Roman Jan Saczywko z siedzibą w Radomiu do uzupełnienia dokumentów - informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący się wnosił o nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy - Konsorcjum Rosa Bud S.A. z siedzibą w Radomiu oraz PPHU RO.SA.-Bud Roman Jan Saczywko z siedzibą w Radomiu, do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów - informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zgodnie z sekcją III.2.1) pkt 2.1 lit. a ogłoszenia o zamówieniu i sekcją III.2.2) pkt 2.9 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący informację o okolicznościach stanowiących podstawę do złożenia przedmiotowego odwołania powziął w dniu 20 lipca 2010 r.

W związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, w dniu 2 sierpnia 2010 roku, na wezwanie Zamawiającego, przystąpił po jego stronie Wykonawca Konsorcjum firm: ROSA BUD S.A. w Radomiu (lider konsorcjum) oraz P.P.H.U. „RO.SA.-BUD” Roman Jan Saczywko w Radomiu (członek konsorcjum).

Wykazując interes Konsorcjum w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego Przystępujący wskazywał, że w przypadku uwzględnienia odwołania, Konsorcjum może zostać wykluczone z toczącego się postępowania o udzielenia zamówienia publicznego a w konsekwencji - jego oferta odrzucona. Konsorcjum nie dysponuje bowiem innymi informacjami banków (wystawionymi nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) niż tymi, które zostały dołączone do oferty. W ocenie Konsorcjum - podobnie jak w ocenie Zamawiającego - przedłożone przez Konsorcjum pisma banków spełniają warunki określone w sekcji III.2.1) pkt 2.1. lit. a ogłoszenia o zamówieniu i sekcji III.2.2) pkt.2.9 ogłoszenia o zamówieniu i pozwoliły Zamawiającemu ocenić Konsorcjum jako wykonawcę spełniającego warunek dot. jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Konsorcjum przystępujące do postępowania odwoławczego wnosilo o oddalenie odwołania jako niespełniającego ustawowych przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie wykazał, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także o oddalenie odwołania ze względów merytorycznych.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu , wniosków złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku posiedzenia, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony został przez wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie tj. Warbud S.A. (Lider konsorcjum) oraz Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH (członek konsorcjum), które to konsorcjum pismem z dnia 20 lipca 2010 roku zostało zawiadomione o zaproszeniu go do udziału w dialogu konkurencyjnym.

Następnie Izba ustaliła, iż odwołanie zostało wniesione przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Warbud S.A. W treści odwołania jako stronę odwołującą wskazano właśnie Warbud S.A. nazwane wprost „Odwołującym”. Tymczasem podkreślenia wymaga, iż w przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy występujący wspólnie, to im wszystkim razem, a nie każdemu z osobna, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie, co jest zgodne z utrwalonym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny. W odwołaniu w żadnym z jego punktów nie jest przywołane uczestnictwo w konsorcjum. Nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący był uprawniony do wniesienia środków ochrony prawnej w imieniu konsorcjum, to z treści odwołania nie można wyprowadzić wniosku, iż niniejsze odwołanie jest w imieniu konsorcjum biorącego udział w prowadzonym postępowaniu składane. Do odwołania nie zostało załączone żadne pełnomocnictwo, z którego wynikałoby, że Odwołujący działa jako pełnomocnik, dokumenty podpisane są przez upoważnionych przedstawicieli spółki Warbud S.A., bez powoływania się na pełnomocnictwa konsorcjum czy udział w nim.

Izba pragnie także zauważyć, iż wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego również jest wykonawcą wspólnie ubiegającym się o zamówienie, a z treści przystąpienia jasno i wyraźnie wynika złożenie go w imieniu konsorcjum.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie był podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania. Odwołanie powinien wnieść w imieniu wszystkich wspólnie występujących wykonawców, tymczasem środki ochrony prawnej (odwołanie) w przedmiotowym postępowaniu wniósł samodzielnie.

Tym samym odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie**

.....

.....