

Sygn. akt: KIO/UZP 1009/08

WYROK
z dnia 07 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **07 października 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **BERGER BAU Polska Sp. z o.o. ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** protestu z dnia **27 sierpnia 2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum EUROVIA Polska S.A. ul. Fabryczna 20, 53-609 Wrocław (Lider Konsorcjum), Budkom Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe J. Hofman i K. Kosteki Sp. j., SIDROG Sp. z o.o. (Partnerzy Konsorcjum)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **BERGER BAU Polska Sp. z o.o. ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BERGER BAU Polska Sp. z o.o. ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BERGER BAU Polska Sp. z o.o. ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław**.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowę drogi krajowej nr 8 odc. (Syców) gr. województwa - Bralin od km 180+900 do km 189 + 900 długość 9,0 km (znak postępowania 113/2008)”, zostało wszczęte przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 157768-2008 z dnia 11.07.2008 r.

W dniu 20.08.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie z tego dnia o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Eurovia Polska S.A., BUDKOM Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - usługowe J. Hofman i K. Kosecki sp. j. i SIDROG Sp. z o.o. zwane dalej: „Konsorcjum Eurovia” albo „Przystępującym”.

W dniu 27.08.2008 r. (faxem), a 01.09.2008 r. pocztą na podstawie art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” firma: Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław, zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest na czynność Zamawiającego polegającą na uznaniu, iż oferta konsorcjum Eurovia jest najkorzystniejsza, o czym Zamawiający poinformował Protestującego pismem z dnia 20.08.2008 r. (znak pisma GDDKiA-O/PO - R-2-as-113/2008).

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp poprzez nie wezwanie Konsorcjum Eurovia do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentacji w zakresie spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu frezarki sterowanej elektrycznie o szerokości bębna min. 1,8 m, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 Pzp.
- art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp poprzez nie wezwanie Konsorcjum Eurovia do przedłożenia aktualnych zaświadczeń o nie zaleganiu przez członka Konsorcjum - firmę BUDKOM Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - usługowe J. Hofman i K. Kosecki sp. j. z zapłatą składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz podatków, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 Pzp.
- art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp poprzez nie wezwanie Konsorcjum Eurovia do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentacji w zakresie spełnienia przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu doświadczeniem przy realizacji zamówienia o zakresie i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, gdy z dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę nie wynika, aby dysponował on doświadczeniem przy wykonywaniu robót mostowych, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 Pzp.
- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez błędną interpretację i przyjęcie, że Konsorcjum Eurovia złożyło oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, chociaż z treści oświadczenia załączonego do oferty nie wynika, iż oświadczenie to odnosi się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich członków Konsorcjum.
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez nie wykluczenie Konsorcjum Eurovia z udziału w postępowaniu pomimo, iż Wykonawcy ci nie wnieśli wadium w prawidłowy sposób.
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum Eurovia pomimo, iż treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, w szczególności zaś występuje niedopuszczalna przez Zamawiającego rozbieżność pomiędzy stawkami robocizny, narzutów, kosztów

i zysków w formularzu nr 2.1 „Wykaz stawek i narzutów”, a wartościami przyjętymi w kosztorysie.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o:

- uchylenie zaskarżonej czynności Zamawiającego i wykluczenie Konsorcjum Eurovia z udziału w postępowaniu, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ewentualnie
- o uchylenie zaskarżonej czynności Zamawiającego i odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Konsorcjum Eurovia, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Protestujący stwierdził, iż czynność Zamawiającego narusza interes prawny Protestującego, jej skutkiem jest bowiem pozbawienie Protestującego możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Protestujący złożył ofertę sporządzoną w sposób w pełni prawidłowy, ponadto odpowiadającą rzeczywistym potrzebom przedmiotu zamówienia, która w przypadku wykluczenia Konsorcjum Eurovia od udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty stanowić będzie dla Zamawiającego „*ofertę najkorzystniejszą*” w znaczeniu określonym przez Pzp.

W pierwszej kolejności zauważył, iż Zamawiający, na zasadzie art. 26 ust. 4 Pzp, ma bezwzględny obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych przez niego oświadczeń i dokumentów. Obowiązek ten ma bezwzględny charakter w tym znaczeniu, iż w razie pojawienia się po stronie Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości, Zamawiający nie może ich wyjaśniać we własnych zakresie, czy też przy pomocy podmiotów trzecich. Na wagę tego obowiązku i wpływ jego naruszenia na wynik postępowania wskazują liczne orzeczenia arbitrażowe m.in. wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.01.2008 r., w którym jednoznacznie wskazano, iż „*biorąc pod uwagę treść przepisu art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów. Wobec obowiązku Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p.*” (sygn. akt: KIO/UZP 119/07).

Zestawiając wskazany powyżej obowiązek wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień z obowiązkiem prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji wynikający z art. 7 ust. 1 Pzp, Protestujący stwierdził, iż Zamawiający winien dokonać szczegółowej analizy dokumentów i oświadczeń złożonych przez wszystkich Wykonawców

i wyjaśnić każdą stwierdzoną przez siebie sprzeczność czy to w zakresie treści, czy to w zakresie ich formy. Wskazał następujące nieprawidłowości:

Po pierwsze, podniósł, iż zgodnie z zapisem § 1 ust. 1 pkt 3 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. Nr 87, poz. 605) przedkładane przez wykonawców zaświadczenia wydane przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, winny być aktualne, tj. wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Natomiast, zaświadczenia dołączone przez Konsorcjum Eurovia do oferty, a dotyczące Członka Konsorcjum - BUDKOM Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - usługowe J. Hofman i K. Kosecki sp. j., nie spełniają wyżej wymienionego warunku aktualności.

Po drugie, podniósł, iż Zamawiający w zapisie Rozdz. 1: „Instrukcja dla Wykonawców”, w pkt 7.2.3 SIWZ, wskazał jednoznacznie, iż wymaga on, aby Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie dysponowali: „frezarką sterowaną elektrycznie o szerokości bębna min. 1,8 m”. Z uwagi Zamawiającego zamieszczonej zaś pod wzorem formularza nr 3.3 stanowiącym część SIWZ wynikało jednoznacznie, iż w kolumnie nr 2 w/w formularza należy podać nazwę jednostki sprzętowej oraz parametry potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.3 SIWZ.

W związku z powyższym, Protestujący uznał, iż umieszczenie przez Konsorcjum Eurovia w kolumnie nr 2 załączonego do jej oferty formularza nr 3.3 zapisu, iż Konsorcjum dysponuje: „Frezarką Wirtgen W2000 rok produkcji 2000” uznać należy za niewystarczające. Z przytoczonego zapisu nie wynika bowiem, aby wskazany sprzęt spełniał warunek dotyczący min. szerokości bębna.

Po trzecie, podniósł, iż z zapisu pkt 7.2.4. SIWZ wynika jednoznacznie, iż Wykonawca winien dysponować doświadczeniem w zakresie realizacji zamówienia: „o zakresie i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, obejmujące układanie nawierzchni z mieszanek SMA oraz o wartości nie niższej niż 7 mln zł brutto”. Zamawiający nie doprecyzował wprawdzie co rozumie pod pojęciem: „zamówienia o porównywalnym zakresie i złożoności”, jednakże przy interpretacji tego zapisu SIWZ należy mieć na uwadze w szczególności zapisy dokumentacji technicznej niniejszego zamówienia.

Z dokumentacji tej wynika zaś jednoznacznie, jak wskazał Protestujący, iż przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie obejmować będzie nie tylko wykonanie typowych prac remontowych drogi (tj. robót rozbiórkowych, robót ziemnych, ułożenie asfaltu, prac odwodnieniowych itp.), ale i prac drogowo - mostowych, a co za tym idzie także do tych ostatnich winien być odnoszony warunek odpowiedniego doświadczenia. Prace drogowo -

mostowe są pracami skomplikowanymi i wymagają dużego doświadczenia oraz wiedzy wykonawcy, wobec czego w sposób istotny wpływają na: „*złożoność zamówienia*”.

W świetle powyższego, oczywistym jest, zdaniem Protestującego, iż zamówienie, na które powołuje się wykonawca w celu wykazania swojego doświadczenia w wykonywaniu zamówień o „*porównywalnym zakresie i złożoności*”, jak to objęte postępowaniem winno obejmować nie tylko prace drogowe, ale i mostowe.

Tymczasem tylko jeden z wskazanych przez Konsorcjum Eurovia na potwierdzenie posiadanego doświadczenia kontraktów, tj. zamówienie na: „*Wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 1 odcinek Hołdów - Tychy z obiektami mostowymi*” (pozycja nr 1 w formularzu 3.4. oferty) można uznać za w pełni odnoszący się do przedmiotu zamówienia. Pozostałe zrealizowane przez członków Konsorcjum Eurovia kontrakty, jak wynika z referencji, polegały wyłącznie na wykonywaniu prac drogowych, a co za tym idzie w ich toku nie możliwym było zdobycie doświadczenia w zakresie robót mostowych.

W tym miejscu podkreślił, iż również sam dokument referencji dotyczących kontraktu na: „*Wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 1 odcinek Hołdów - Tychy z obiektami mostowymi*” budzi duże wątpliwości. Z dokumentu tego nie wynika bowiem, jaka część prac wykonywana była przez Członka Konsorcjum - Eurovia Polska S.A., a zwłaszcza czy prace wykonane przez tego Wykonawcę dotyczyły robót mostowych, których wykonanie stanowi najistotniejszy element niniejszego zamówienia.

Z dostępnych informacji wynika tymczasem, jak stwierdził Protestujący, iż członek Konsorcjum - Eurovia Polska S. A. w toku realizacji wskazanego kontraktu nie wykonywała robót mostowych, które w całości zostały wykonane przez jej Partnera - Mosty Chrzanów.

Protestujący wskazał także, iż okoliczność, że Konsorcjum Eurovia zamierza powierzyć wykonywanie robót mostowych podwykonawcy, nie zwalnia go od konieczności wykazania się odpowiednim doświadczeniem przy wykonywaniu tego typu robót. Dobór podwykonawcy oraz wykonywanie właściwego nadzoru nad jego pracami, wymaga bowiem, aby Konsorcjum Eurovia dysponowała należytym doświadczeniem także w tym zakresie.

Na tej zasadzie Protestujący podnosi, iż Konsorcjum Eurovia nie wykazało, iż którykolwiek z jego Członków dysponował wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem: „*o zakresie i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia*”.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zobowiązany był w niniejszej sprawie, zdaniem Protestującego do wezwania Konsorcjum Eurovia, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do przedłożenia prawidłowych dokumentów oraz wyjaśnienia nasuwających się po lekturze jego oferty wątpliwości.

Po czwarte, Protestujący podniósł, iż zgodnie z orzecznictwem sądów arbitrażowych oferta nie jest prawidłowo zabezpieczona, jeżeli z gwarancji ubezpieczeniowej wynika zobowiązanie do zapłaty w przypadku, gdy tylko jeden z członków konsorcjum uchybi

obowiązkom wykonawcy (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.02.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-449/06). W ocenie Protestującego, z tą sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Z dokumentu gwarancji przedłożonego przez Konsorcjum Eurovia wynika jednoznacznie, iż gwarant - CALYON S.A. Oddział w Polsce zobowiązał się do wypłaty sumy gwarancyjnej, jedynie w przypadku nie wywiązania się ze zobowiązania względem Zamawiającego przez: „Wykonawcę”. Wykonawcą zaś zgodnie z treścią gwarancji jest tylko i wyłącznie Eurovia Polska S.A.

Gwarant, zaznaczając, iż uprawnienia z gwarancji nie mogą być przenoszone, „zabezpieczył” de facto tylko konkretną ofertę, którą nie jest wspólna oferta firm wchodzących w skład w konsorcjum Eurovia.

Przedłożony dokument nie odnosi się do pozostałych Członków Konsorcjum Eurovia. W dokumencie gwarancji nie mówi się o ofercie wspólnej, czy też o „Wykonawcach”.

Na tej zasadzie, jak wskazał Protestujący, wniesione wadium nie zabezpiecza w sposób wystarczający interesów Zamawiającego, a co za tym idzie nie można przyjąć, iż Konsorcjum Eurovia wniosło w toku niniejszego postępowania wadium w sposób prawidłowy. Jedynie przykładowo podniósł, iż przedłożony przez Konsorcjum dokument gwarancji nie zabezpiecza Zamawiającego w razie nie zawarcia umowy o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po stronie jednego z pozostałych Członków Konsorcjum. W takim przypadku bowiem Zamawiający chcąc wykorzystać gwarancję może narazić się na odmowę przez gwaranta wypłaty sumy gwarancyjnej, a nawet w razie wypłaty - na powództwo o nienależyte świadczenie, gdyż z dokumentu gwarancyjnego nie wynika, że może realizować roszczenie gwarancyjne w razie uchybień innych członków Konsorcjum. Z oświadczenia banku gwaranta nie wynika, że bank miał świadomość, iż Eurovia Polska S.A. zamierza wystąpić wspólnie z innymi podmiotami.

Po piąte, Protestujący stwierdził, iż za nie spełniające wymogów należy uznać oświadczenie złożone przez pełnomocników Eurovia Polska S.A. w trybie art. 22 ust. 1 - *vice* formularz 3.1 oferty Konsorcjum. Z treści spornego oświadczenia nie wynika bowiem, aby pełnomocnicy Spółki Eurovia Polska S.A. złożyli przedmiotowe oświadczenie w imieniu wszystkich Członków Konsorcjum, tak jak wymagają tego obowiązujące przepisy.

Po szóste, Protestujący podniósł także, iż oferta złożona przez Konsorcjum Eurovia jest niezgodna z treścią SIWZ.

Konsorcjum Eurovia w pkt 9 swojej oferty (str. nr 3) błędnie wskazało, iż pozycja ta „nie dotyczy” go, a co za tym idzie Konsorcjum nie złożyło wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia odnośnie sposobu reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Wprawdzie pośrednio sposób reprezentacji wynika z treści załączonego do oferty pełnomocnictwa, jednakże nie usuwa to błędu w treści oferty

Wykonawcy powodującego jej niezgodność z treścią SIWZ. Nie można bowiem za treść oferty uznać treści pełnomocnictwa, stanowiącego załącznik do oferty.

Za naruszenie należy uznać również nie dołączenie do oferty formularza 2.2: „*Umowa wierzytelności*”, co wskazuje, iż formularz ten nie został zaakceptowany przez Wykonawcę.

Konsorcjum Eurovia także, zdaniem Protestującego, wbrew wymogowi Zamawiającemu określone w uwagach odnośnie sposobu wypełnienia formularza nr 2.1. (str. 20 SIWZ), zastosowało inne stawki obliczeniowe przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego niż te wpisane do wspomnianego formularza, tj. stawki i narzuty wskazane w formularzu nr 2.1. oferty są wyższe od przyjętych stawek i narzutów przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym.

W dniu 28.08.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 01.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączył się: Konsorcjum Eurovia w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie wniesionego protestu w całości, jako bezzasadnego. Wskazał na interes prawny polegający na tym, iż protest, żądający unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Przystępującego z niniejszego postępowania, w konsekwencji odrzucenia oferty pozbawi Przystępującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Przystępujący oświadczył, iż żaden z podniesionych zarzutów nie znajduje oparcia w rzeczywistości i wynikają one z nieznamomości przepisów Pzp oraz kodeksu cywilnego lub wadliwego odczytania treści oferty złożonej w niniejszym postępowaniu.

Mianowicie Konsorcjum (lub jego Lider) działający w imieniu wszystkich Partnerów (na podstawie udzielonych pełnomocnictw) złożył wszystkie wymagane oświadczenia.

Warunki podmiotowe postawione w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego zostały spełnione przez Konsorcjum, albowiem doświadczenie wszystkich członków Konsorcjum sumuje się, a nie dzieli. Tak jest i w niniejszym postępowaniu, i w postępowaniach w których uczestniczyli oni wcześniej w celu nabycia doświadczenia w realizacji zamówień. A mianowicie zarzut braku doświadczenia na roboty mostowe pkt 7.2.4. SIWZ Doświadczenie: Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał 1 robotę o zakresie i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia o wart. min 7,0 mln zł brutto. W ofercie na str. 81 Przystępujący wskazał, iż wykazał referencje na roboty mostowe.

Przystępujący wskazał także, iż oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium albowiem odpowiedzialność majątkowa członków Konsorcjum jest solidarna z mocy ustawy i żadna czynność o charakterze cywilnoprawnym nie może tego wyłączyć.

W końcu, Przystępujący stwierdził także, iż treść oferty Konsorcjum odpowiada treści SIWZ, a Protestujący nie przedstawił żadnego dowodu, który udowodniłby podniesione zarzuty.

Zarzut braku frezarki o szer. bębna 1,8 m pkt 7.2.3. SIWZ Potencjał techniczny: Zamawiający wymaga wykazania frezarki sterowanej elektrycznie o szerokości bębna min. 1,8 m. W ofercie na str. 79 formularz 3.3. Przystępujący podniósł, iż wykazał frezarkę Wirtgen W2000, w branży drogowej dla każdego oczywistym jest że oznaczenie techniczne W2000 określa szerokość bębna frezarki w [mm] (2000 mm = 2,0 m).

Zarzut rozbieżności pomiędzy stawkami w formularzu 2.1.(str. 30 oferty), a wartościami przyjętymi w kosztorysie.

Formularz 2.1. jest załącznikiem do SIWZ którego treść określił Zamawiający, w formularzu istnieje zapis: „*oświadczam, że przy realizacji zamówienia dla robót nieprzewidzianych będą stosowane poniżej podane stawki i narzuty:*”, zatem nie jest to wykaz stawek stosowany do kalkulacji ofertowej, ale do robót nieprzewidzianych które być może wystąpią.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

W dniu 03.09.2008 r. (faxem) Protestujący złożył w związku z treścią przystąpienia do postępowania toczącego się wskutek wniesienia protestu wniesionego przez Konsorcjum Eurovia uzupełnienie protest.

Protestujący nie zgodził się, że stanowiskiem Przystępującego, iż oferta Konsorcjum - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest prawidłowo zabezpieczona wadium wobec solidarnej odpowiedzialności wykonawców względem Zamawiającego.

Stwierdził, iż solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie względem Zamawiającego wynika z art. 141 Pzp zawartym w dziale IV: „*Umowy w sprawach zamówień publicznych*”. Zaś, przepis ten stanowi wyraźnie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zasada racjonalnego ustawodawcy oraz pierwszeństwo wykładni językowej, w tym umiejscowienie przepisu w dziale IV Pzp poświęconym umowom w sprawie zamówień publicznych oraz treść przepisu art. 14 Pzp („*do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej*” - Pzp konstruuje odpowiedzialność solidarną wykonawców w art. 141) daje podstawę, jego zdaniem, do twierdzenia, że ustawodawca nie przewiduje podstawy zastrzeżenia zobowiązania solidarnego w odniesieniu do czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne i dlatego wprowadził ją wyraźnie poprzez art. 141 Pzp.

Innymi słowy, solidarna odpowiedzialność względem Zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie. Nie można, zdaniem Protestującego, konstruować odpowiedzialności solidarnej wyłącznie z faktu złożenia wspólnej oferty. W literaturze przedmiotu podnosi się bowiem, jak wskazał, że w związku z brzmieniem art. 369 k.c. zobowiązanie solidarne wymaga szczególnego tytułu, dla jego istnienia nie jest bowiem wystarczająca sama tylko wspólnota celu powiązań między dłużnikami. Umowa konsorcyjna wywołuje bowiem skutek wyłącznie tylko między jej stronami (wykonawcami), a nie w stosunku do Zamawiającego. Przedmiotowa gwarancja nie zabezpiecza zatem oferty złożonej przez konsorcjum skoro wymienia tylko jednego wykonawcę z konsorcjum (Eurovia Polska S.A.), stanowiąc wprost w dokumencie gwarancji o ofercie złożonej przez tego wykonawcę (a nie konsorcjum), upoważniając beneficjenta do skorzystania z gwarancji w razie gdy tylko ten wykonawca (a nie konsorcjum):

- odmówi podpisania umowy,
- nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy (a nie konsorcjum lub innego członka konsorcjum).

Bez prawnego znaczenia, zdaniem Protestującego, pozostaje również fakt, iż wykonawca powołany w gwarancji wadialnej jest pełnomocnikiem konsorcjum. Zgodnie bowiem z art. 101 § 1 k.c. pełnomocnictwo może być odwołane i w takim przypadku wykonawca wskazany uprzednio jako lider konsorcjum nie jest uprawniony do zawarcia umowy w imieniu pozostałych wykonawców, nawet jeżeli ma taką wolę. Tym samym nie może zająć przypadku opisany w dokumencie gwarancji, jako uprawniający beneficjenta do żądania wypłaty sumy gwarancyjnej, czyniąc takie zabezpieczenie dla zamawiającego iluzorycznym.

Tym samym, zdaniem Protestującego, wykładnia dopuszczająca złożenie gwarancji wadialnej wyłącznie w imieniu lidera konsorcjum sprzeciwia się *ratio legis* przepisom Pzp regulującym wadium i jego istotą z punktu widzenia ochrony interesów Zamawiającego.

Odnosnie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazać należy, iż Zamawiający w Formularzu 2.1.: „Wykaz stawek i narzutów” zaznaczył wyraźnie, iż określone przez Wykonawcę w: „Wykazie” stawki robocizny, narzuty kosztów zakupu, kosztów pośrednich i zysku nie mogą być wyższe od przyjętych w kalkulacji cen w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Protestującego, stawki te i narzuty wskazane przez konsorcjum są znacznie wyższe niż te przyjęte w kosztorysie ofertowym. Obrazuje to kalkulacja wykonana przez Protestującego (w załączeniu do uzupełnienia). Oparła się ona na stawkach i narzutach przyjętych przez konsorcjum w Formularzu 2.1. oraz KNR powołanych przez Zamawiającego we wzorcu umowy i powszechnie przyjętych przy kosztorysowaniu (w braku, rzecz jasna, szczegółowych danych wyjściowych od konsorcjum). Z wyliczenia tego wynika, jak podniósł

Protestujący, iż w odniesieniu do przedstawionych w powołanej kalkulacji pozycji cena ofertowa jest nawet kilkakrotnie niższa od ceny uwzględniającej wskazane przez konsorcjum w Formularzu 2.1. narzuty i stawki. Na tej zasadzie nie może budzić wątpliwości, iż owe stawki i narzuty z przedmiotowego Formularza 2.1. są wyższe od stawek i narzutów przyjętych przez konsorcjum w ofercie, nie jest bowiem możliwym, aby tak duża różnica w cenach była następstwem różnicy w podstawie, która, jak wskazano powyżej, jest ujednolicona. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zasadny, zdaniem Protestującego.

W dniu 03.09.2008 r. Zamawiający faxem w trybie art. 26 ust.3 Pzp zwrócił się do wybranego Wykonawcy o uzupełnienie do dnia 04.09.2008 r., godz. 13:00 brakujących dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie aktualnego zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzeniu stanu zaległości oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek do ZUS dla członka konsorcjum Eurovia, tj. BUDKOM Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - usługowe J. Hofman i K. Kosecki sp. j. Niniejsze dokumenty zostały uzupełnione w wyznaczonym terminie.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 05.09.2008 r. poprzez jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania podczas czynności kwalifikacji Wykonawców dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym, Zamawiający stwierdził co następuje:

Dla potwierdzenia dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym Zamawiający w pkt. 7.2.3 SIWZ: „*Potencjał techniczny*” wymagał frezarki sterowanej elektrycznie o szerokości bębna min. 1,8 m. W ofercie konsorcjum Eurovia w formularzu 3.3. wykazał frezarkę Witrger W2000. Oznaczenie techniczne W2000, określa szerokości bębna frezarki w mm (2000 mm = 2,00 m). tzn. że jednoznacznie na tej podstawie można stwierdzić iż w/w konsorcjum spełnia warunek dotyczący potencjału technicznego.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania czynności wystąpienia do Wykonawcy o uzupełnienie oferty, czego powinien dokonać, Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków. W/w konsorcjum uzupełniło w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie aktualne zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek przez członka konsorcjum BUDKOM Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo - Usługowe J. Hofman i K. Kosecki sp. j.

Odnosząc się do zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu doświadczeniem przez w/. konsorcjum, Zamawiający uznał niniejszy za

niezasadny. Wykonawca przedstawił bowiem realizację spełniającą wymagania SIWZ wraz z odpowiednimi referencjami. Jest to zadanie realizowane w ramach konsorcjum i jako Lider tego przedsięwzięcia firma Eurovia Polska S.A. odpowiada za całość zadania mimo, że fizycznie mogła nie realizować całości robót.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożonej przez konsorcjum Eurovia gwarancji. Zamawiający stwierdził, iż jeżeli złożona gwarancja wyraźnie wskazuje rodzaj postępowania, którego dotyczy oraz warunki odpowiadające treścią art. 46 ust 5 Pzp, po których ziszczeniu beneficjent uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta, to gwarancja ta zabezpieczając ofertę w konkretnym postępowaniu, nie uzależnia przy tym w żaden sposób praw beneficjenta od okoliczności, czy wykonawca, na którego została wystawiona gwarancja, występuje jako samodzielny wykonawca czy też w ramach konsorcjum. To w gestii Lidera Konsorcjum bowiem pozostaje decyzja o podpisaniu umowy na warunkach określonych we wspólnej ofercie, obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i związane z odmową dokonania tych czynności ryzyko utraty wadium na rzecz zamawiającego. Jeśli umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez Lidera Konsorcjum. Okoliczność, że gwarancja bankowa wystawiona jest na Lidera, nie ma żadnego wpływu naprawo zamawiającego do zatrzymania wadium (sygn. UZP/ZO/0-1178/06, UZP/ZO/0-1146/06).

Zamawiający wskazał także, iż uznał za prawidłową gwarancję, kierując się również zdaniem Sądu Okręgowego w Poznaniu (sygn. II Ca 489/06): *„o ile zamawiający nie zawarł w SIWZ wyraźnego wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma oddzielnie wnieść wadium, złożenie gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz jednego z członków konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty”*.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rozbieżności pomiędzy stawkami robocizny, narzutów, kosztów i zysków w formularzu nr 2.1: „Wykaz stawek i narzutów” a wartościami przyjętymi w kosztorysie ofertowym Zamawiający uznał niniejsze za bezzasadne, ponieważ wykaz stawek i narzutów jest stosowany dla robót nieprzewidzianych i nie jest to wykaz stawek stosowany do kalkulacji ofertowej. (patrz nagłówek formularz 2.1.).

Reasumując, jak stwierdził Zamawiający, po ponownym badaniu i ocenie ofert Zamawiający podtrzymuje wybór oferty konsorcjum Eurovia jako najkorzystniejszej.

W dniu 10.09.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zaskarżonej w proteście, jak i w odwołaniu czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez nie wykluczenie Konsorcjum Eurovia z udziału w postępowaniu pomimo nie wniesienia wadium w prawidłowy sposób,
- art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp poprzez nie wezwanie Konsorcjum Eurovia do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentacji w zakresie spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu frezarki sterowanej elektrycznie o szerokości bębna min. 1,8 m, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 Pzp, względnie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez nie wykluczenie Konsorcjum Eurovia z udziału w postępowaniu pomimo nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2.3 SIWZ,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum Eurovia pomimo, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie przyjęcie przez Konsorcjum Eurovia wyższych stawek robocizny, narzutów, kosztów i zysków w Formularzu nr 2.1 „Wykaz stawek i narzutów” od przyjętych w kalkulacji cen w kosztorysie ofertowym Konsorcjum.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ponowne badanie i ocenę złożonych ofert, a następnie wykluczenie Konsorcjum Eurovia z udziału w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- ewentualnie ponowne badanie i ocenę złożonych ofert, a następnie odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Konsorcjum Eurovia i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podtrzymał zarzut niewykazanie przez Konsorcjum Eurovia wymaganej frezarki.

Wskazał ponadto, iż Konsorcjum Eurovia w ww. formularzu nr 3.3 w kolumnie nr 2 podało, iż Konsorcjum dysponuje „Frezarką Wirtgen W2000 rok produkcji 2000”. Z zapisu tego, ani z żadnych innych dokumentów złożonych przez Konsorcjum Eurovia wraz z ofertą nie wynika jednakże, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, aby wskazany sprzęt spełniał warunki techniczne postawione przez Zamawiającego, w szczególności dotyczące „min. szerokości bębna”.

Nie można też twierdzić „jednoznacznie”, jak Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, iż oznaczenie frezarki „W2000” oznacza szerokość bębna w mm (2000 mm = 2,00 m). Odwołujący kwestionuje, skąd Zamawiający pozyskał taką wiedzę, nie wiadomo, co uzasadnia zarzut naruszenia przez Zamawiającego jednej z naczelnych zasad Pzp wyrażonej w art. 7 Pzp - zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawcy bowiem winni w identyczny sposób podany przez Zamawiającego w SIWZ wykazać spełnianie

warunków udziału w postępowaniu, umożliwiając Zamawiającemu dokonanie oceny spełniania warunków metodą „spełnia - nie spełnia”. Zasada ta w zakresie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu służy również wykonawcom w realizowaniu ich funkcji kontrolnej, tj. ocenie prawidłowego przebiegu postępowania, w tym czynności Zamawiającego związanych z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający tym samym dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może, zdaniem Odwołującego, z pokrzywdzeniem praw innych wykonawców wykorzystywać wiadomości znanych Zamawiającemu z innych źródeł niż oferta, o ile wiadomości te nie mają charakteru powszechnie znanych (co nie zachodzi w niniejszej sprawie w odniesieniu do parametrów technicznych frezarki). Zamawiający nie może dokonywać więc tego rodzaju wyjaśnień we własnym zakresie, czy też przy pomocy podmiotów trzecich, bez narażenia się na zarzut prowadzenia postępowania w sposób zapewniający przejrzystość działań zamawiającego.

Na tej zasadzie aktualizuje się obowiązek Zamawiającego z art. 26 ust. 4 Pzp. Na wagę tego obowiązku i wpływ jego naruszenia na wynik postępowania wskazują liczne orzeczenia arbitrażowe, przykładowo można wskazać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.01.2008 r., w którym jednoznacznie wskazano, iż: *„biorąc pod uwagę treść przepisu art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów. Wobec obowiązku Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 7 ust 1 ustawy p.z.p.”* (sygn. akt KIO/UZP 119/07).

W razie stwierdzenia braku podstaw do wezwania Konsorcjum Eurovia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pozostaje, jak wskazał Odwołujący, stwierdzić, iż Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2.3 SIWZ, co implikuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Odwołujący podtrzymał zarzut wadliwa gwarancja wadialna Konsorcjum Eurovia. Wskazał, iż z dokumentu gwarancji przedłożonego przez Konsorcjum Eurovia wynika jednoznacznie, iż gwarant - CALYON S.A. Oddział w Polsce zobowiązał się do wypłaty sumy gwarancyjnej, jedynie w przypadku nie wywiązania się ze zobowiązania względem Zamawiającego przez Eurovia Polska S.A., zwanego w tym dokumencie Wykonawcą. Gwarant zaznaczając, iż uprawnienia z gwarancji nie mogą być przenoszone, „zabezpieczył” *de facto* tylko konkretną ofertę, którą nie jest wspólna oferta firm Eurovia Polska S.A., BUDKOM Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo - usługowe J. Hofman i K. Kosecki sp. j. i SIDROG Sp. z o.o. Przedłożony dokument nie odnosi się bowiem do pozostałych Członków Konsorcjum Eurovia S.A., czy też oferty wspólnej i nawet zastosowanie reguł wykładni oświadczeń woli nie pozwala na przyjęcie, iż zamiarem gwaranta było także objęcie

gwarancją przypadków naruszenia obowiązków wykonawcy zamówienia przez inny podmiot niż Spółka Eurovia S.A.

Przedmiotowa gwarancja zabezpiecza ofertę Eurovia Polska S.A. (w tekście gwarancji czytamy: „*zostaliśmy poinformowani, że firma Eurovia Polska S.A. zamierza złożyć ofertę w organizowanym przez Państwa przetargu ...*”). Gwarancja ta jednak nie zabezpiecza oferty złożonej przez Konsorcjum Eurovia, skoro wymienia tylko jednego wykonawcę z konsorcjum (Eurovia Polska S.A.), stanowiąc wprost w dokumencie gwarancji o ofercie złożonej przez tego wykonawcę (a nie Konsorcjum), upoważniając beneficjenta do skorzystania z gwarancji w razie gdy, tylko ten wykonawca (a nie Konsorcjum):

- odmówi podpisania umowy,
- nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy (a nie konsorcjum lub innego członka konsorcjum).

Odwołujący wskazał, iż przedłożony przez Konsorcjum dokument gwarancji nie zabezpiecza Zamawiającego w razie nie zawarcia umowy o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po stronie jednego z pozostałych Członków Konsorcjum Eurovia poza Eurovia Polska S.A. W takim przypadku bowiem Zamawiający chcąc wykorzystać gwarancję może narazić się na odmowę przez gwaranta wypłaty sumy gwarancyjnej, bądź też na powództwo o nienależyte świadczenie. Gwarancja ta jest zatem, zdaniem Odwołującego, sprzeczna z istotą wadium, polegającą na zabezpieczeniu ryzyka Zamawiającego. Gwarancja bowiem musi w sposób nie budzący wątpliwości wskazywać zabezpieczony rezultat. Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 5 Pzp, ale w powiązaniu z art. 23 ust. 1 Pzp („*wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia*”). Zobowiązanie banku z tytułu udzielonej gwarancji nie jest bowiem uzależnione od istnienia stosunki prawnego łączącego zleceniodawcę gwarancji (jednego z członków konsorcjum) z beneficjentem, tj. gdy według przeważającego poglądu zobowiązanie to ma charakter abstrakcyjny.

Odwołujący stwierdził także, iż na tle orzecznictwa arbitrażowego i sądowego, kwestia prawidłowego określenia treści gwarancji w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienia budzi problemy interpretacyjne. Według części orzecznictwa sądów arbitrażowych oferta nie jest prawidłowo zabezpieczona, jeżeli z gwarancji ubezpieczeniowej wynika zobowiązanie do zapłaty w przypadku, gdy tylko jeden z członków konsorcjum uchybi obowiązkowi wykonawcy (tak wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.02.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-449/06).

Jednakże, z orzecznictwa tego wyłaniają się jednakże dwie dominujące zasady udzielenia gwarancji wadialnej dla konsorcjum:

(1) skuteczność wadium wystawionego przez jednego z konsorcjantów (lidera konsorcjum) zależy od uprzedniego - wobec daty dokumentu wadialnego - zawarcia umowy konsorcjum czy udzielenia liderowi konsorcjum pełnomocnictwa w trybie art. 23 ust. 2 Pzp (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-46/06, także wyrok powołany w rozstrzygnięciu protestu z dnia 27.04.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1178/06, w którym podkreślono, iż złożenie gwarancji przez lidera konsorcjum wystawionej po udzieleniu mu pełnomocnictwa jako liderowi).

(2) z całokształtu okoliczności związanych ze złożeniem oferty (a więc nie tylko z daty wystawienia dokumentu wadialnego) wynika, czy wadium wystawione przez jednego z konsorcjantów jest prawidłowe - tak wyrok z dnia 07.06.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1603/06, w którym stwierdzono, że jeśli z umowy konsorcjum wynika obowiązek wniesienia wadium przez podmiot będący pełnomocnikiem wykonawców, a pełnomocnictwo obejmuje również podpisanie umowy, to wadium opiewające na pełnomocnika w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego. Podobnie w wyroku KIO z dnia 07.02.2008 r. (KIO/UZP 44/08, 46/08, 57/08), gdzie stwierdza się: *„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. ... Istotne jest to, że Lider Konsorcjum (na zlecenie którego została wystawiona gwarancja wadialnej działań w dacie ustanowienia gwarancji jako pełnomocnik członka Konsorcjum”*.

Pogląd taki prezentuje się także m.in. w Komentarzu Prawo Zamówień Publicznych M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Warszawa 2007.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, zdaniem Odwołującego, iż gwarancja wadialna złożona wraz z ofertą Konsorcjum Eurovia jest wadliwa. Gwarancja ta została bowiem wystawiona w dniu 29.07.2008 r. na zlecenie Konsorcjum Eurovia, a więc przed ustanowieniem tej spółki pełnomocnikiem (Liderem) Konsorcjum. Także z treści pełnomocnictwa nie wynika, aby Lider był zobowiązany do złożenia wadium.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, iż w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający oparł się nadto na wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. Podkreślenie więc wymaga, że ani Zamawiający, ani tym bardziej Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana wyrokami sądów wydanych w innych sprawach. Dało temu zresztą wyraz KIO orzekając odmiennie w powołanym wyżej wyroku z dnia 07.02.2008 r., w którym przyznano decydujące znaczenie terminom poszczególnych czynności (wydania gwarancji wadialnej na zlecenie członka konsorcjum w powiązaniu z udzieleniem pełnomocnictwa temu członkowi konsorcjum w trybie art. 23 ust. 2 Pzp). Odwołującemu pozostaje jedynie wychodzić z założenia, iż w duchu ujednolicenia wykładni KIO wyrok z dnia 07.02.2008 r. wyznacza właśnie kierunek wykładni przedmiotowych przepisów.

Niezależnie od powyższego wyroku KIO, Odwołujący stwierdził także, iż nie można zaakceptować w/w stanowiska Sądu Okręgowego w Poznaniu, nie może być bowiem mowy na tym etapie postępowania (tj. w odniesieniu do wadium) o powstaniu względem Zamawiającego solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Po pierwsze, solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie względem Zamawiającego wynika z art. 141 Pzp zawartym w dziale IV „Umowy w sprawach zamówień publicznych”. Przepis ten stanowi bowiem wyraźnie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zasada racjonalnego ustawodawcy oraz pierwszeństwo wykładni językowej, w tym umiejscowienie przepisu w dziale IV Pzp poświęconym umowom w sprawie zamówień publicznych oraz treść przepisu art. 14 Pzp („do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej” - Pzp konstruuje odpowiedzialność solidarną wykonawców w art. 141) daje podstawę, jego zdaniem, do twierdzenia, że ustawodawca nie przewiduje podstawy zastrzeżenia zobowiązania solidarnego w odniesieniu do czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne i dlatego wprowadził ją wyraźnie poprzez art. 141 Pzp.

Po drugie, źródłem solidarnej odpowiedzialności nie może być także art. 370 k.c., bowiem złożenie oferty nie skutkuje zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego wspólnego mienia, do czego odwołuje się art. 370 k. c, jako że w przypadku konsorcjum wykonawców nie można wskazać na istnienie wspólnego mienia (co zresztą odróżnia konsorcjum od spółki cywilnej, w której to spółce wspólnicy wnoszą wkłady i majątek wspólny powstaje - tak wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 09 listopada 2005 r., II Ca 44/05).

Innymi słowy, solidarna odpowiedzialność względem Zamawiającego nie powstaje z mocy ustawy na etapie ubiegania się o zamówienie. Nie można konstruować odpowiedzialności solidarnej wyłącznie z faktu złożenia wspólnej oferty. W literaturze przedmiotu podnosi się bowiem, że w związku z brzmieniem art. 369 k.c. zobowiązanie solidarne wymaga szczególnego tytułu, dla jego istnienia nie jest bowiem wystarczająca sama tylko wspólnota celu powiązań między dłużnikami (Wojciech Dubis, Kodeks cywilny. Komentarz, wyd. C.H. Beck). Umowa konsorcjum wywołuje bowiem skutek wyłącznie tylko między jej stronami (wykonawcami), a nie w stosunku do Zamawiającego. Przez czynność prawną jako podstawę solidarności należy zatem rozumieć tylko umowę z Zamawiającym. Natomiast w literaturze przedmiotu podkreśla się, że przy czynności prawnej jednostronnej solidarność wchodzi w grę tylko wtedy, gdy upoważnienie do jej dokonania zawarte zostało we wcześniejszej umowie.

Podkreślenia nadto wymaga, zdaniem Odwołującego, że zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Pzp w art. 141 wprowadza regulację dot. zobowiązania solidarnego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tym samym przepisy k.c. (np. art. 370 k.c.) w tej materii nie mogą mieć już zastosowania.

Bez prawnego znaczenia, w ocenie Odwołującego, pozostaje również fakt, iż wykonawca powołany w gwarancji wadialnej jest pełnomocnikiem konsorcjum. Zgodnie bowiem z art. 101 § 1 k.c. pełnomocnictwo może być odwołane i w takim przypadku Wykonawca wskazany uprzednio jako lider konsorcjum nie jest uprawniony do zawarcia umowy w imieniu pozostałych wykonawców, nawet jeżeli ma taką wolę. Tym samym nie może zająć przypadku opisany w dokumencie gwarancji jako uprawniający beneficjenta do żądania wypłaty sumy gwarancyjnej, czyniąc takie zabezpieczenie dla Zamawiającego iluzorycznym. Tym samym wykładnia dopuszczająca złożenie gwarancji wadialnej wyłącznie w imieniu lidera konsorcjum sprzeciwia się *ratio legis* przepisom Pzp regulującym wadium i jego istotą z punktu widzenia ochrony interesów Zamawiającego.

Odwołujący podtrzymał zarzut niezgodność oferty Konsorcjum Eurovia z treścią SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż nie zarzuca, iż Konsorcjum Eurovia, zastosował inne stawki obliczeniowe przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego niż te wpisane do wspomnianego formularza nr 2.1. oferty dla robót nieprzewidzianych. Odwołujący zarzuca natomiast, iż stawki i narzuty dla robót nieprzewidzianych są wyższe, wbrew zapisom SIWZ, niż te zastosowane przez Konsorcjum Eurovia przy kalkulacji ceny ofertowej.

Zamawiający w Formularzu 2.1.: „Wykaz stawek i narzutów” zaznaczył wyraźnie, iż określone przez wykonawcę w w/w „Wykazie” stawki robocizny, narzuty kosztów zakupu, kosztów pośrednich i zysku dla robót nieprzewidzianych nie mogą być wyższe od przyjętych w kalkulacji cen w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Odwołującego, stawki te i narzuty wskazane przez Konsorcjum Eurovia są znacznie wyższe niż te przyjęte w kosztorysie ofertowym. Obrazuje to kalkulacja wykonana przez Odwołującego, przekazana Zamawiającemu w uzupełnieniu protestu pismem z dnia 03.09.2008 r. W kalkulacji tej Odwołujący oparł się na stawkach i narzutach przyjętych przez Konsorcjum Eurovia w Formularzu 2.1 oraz KNR powołanych przez Zamawiającego we wzorcu umowy i powszechnie przyjętych przy kosztorysowaniu. Z wyliczenia tego wynika, iż w odniesieniu do przedstawionych w powołanej kalkulacji pozycji cena ofertowa jest kilkakrotnie niższa od ceny uwzględniającej wskazane przez Konsorcjum w Formularzu 2.1. narzuty i stawki. Na tej zasadzie nie może budzić wątpliwości, iż owe stawki i narzuty z przedmiotowego Formularza 2.1. są wyższe od stawek i narzutów przyjętych przez Konsorcjum Eurovia

w ofercie. Nie jest bowiem możliwym, aby tak duża różnica w cenach była następstwem różnicy w podstawie, która, jak wskazano powyżej, jest ujednolicona.

Zamawiający do powyższego zarzutu w ogóle, zdaniem Odwołującego, się nie odniósł, w tym do kalkulacji Odwołującego porównującej zaproponowane przez Konsorcjum Eurovia ceny dla robót zaoferowanych (kosztorysowych) i robót nieprzewidzianych.

Wobec powyższego naruszenia przez Konsorcjum Eurovia wymagań Zamawiającego postawionych w zdaniu ostatnim - Uwagi w Formularzu 2.1., zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest, zdaniem Odwołującego, zasadny.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 12.09.2008 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum Eurovia (faxem) oraz innym uczestnikom postępowania przetargowego kopię odwołania i wezwał ich pismem z dnia 11.09.2008 r. do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 06.10.2008 r. (wpływ bezpośredni) Konsorcjum Eurovia po stronie Zamawiającego. Wnosząc o odrzuceniu lub oddalenie odwołania. Przystępujący stwierdził, iż Odwołujący w swoim odwołaniu ograniczył się do prostego powtórzenia protestu. Odwołujący w zasadzie, jego zdaniem, nie odniósł się do nowej argumentacji zawartej w oddaleniu protestu, bowiem Zamawiający skutecznie sparował jego zarzuty z protestu w oparciu o orzecznictwo, dokumenty, które obaliły wszystkie twierdzenia ówczesnego Protestującego. Ergo argumentacje Zamawiającego z oddalenia protestu popieramy w całości i przyjmujemy za własną.

Wobec powyższego, Odwołujący podniósł, iż podążając za treścią art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, stwierdzić należy, iż niniejsze odwołanie jako: *„czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna.”*. W świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k. c., który stanowi wprost, że: *„nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”*.

Z ostrożności stwierdzamy także, że nieprawdą jest jakoby ustanowiona gwarancja wadialna nie zabezpieczała w sposób należyty interesów Zamawiającego związanych z naszym udziałem w niniejszym postępowaniu. Zwrócić bowiem Odwołującemu należy uwagę, zdaniem Przystępującego, albowiem o fakcie tym nie wiedział, że przed wystawieniem gwarancji uczestnicy konsorcjum zawarli umowę Konsorcjum, w której EUROVIA POLSKA S.A ustanowiona została LIDEREM, działającym w imieniu i na rzecz

wszystkich członków Konsorcjum, o zakresie uprawnień pokrywającym się z treścią art. 23 ust. 2 Pzp.

Z uwagi jak nadmieniał Przystępujący, że w odwołaniu nie przedstawiono jakiegokolwiek dowód lub okoliczności contra jego ofercie, Przystępujący powtórzył argumenty z przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, jak również przedłożonymi na rozprawie dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron i Przystępującego na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp poprzez nie wezwanie Konsorcjum Eurovia do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentacji w zakresie spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu frezarki sterowanej elektrycznie o szerokości bębna min. 1,8 m, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 Pzp, względnie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez nie wykluczenie Konsorcjum Eurovia z udziału w postępowaniu pomimo nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2.3 SIWZ, uznając iż w/w zarzut za niezasadny.

Rozdz. 1: „Instrukcja dla Wykonawców”, w pkt 7.2.3 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie dysponowali: „frezarką sterowaną elektrycznie o szerokości bębna min. 1,8 m”. Z uwagi pierwszej zaś zamieszczonej przez Zamawiającego pod wzorem formularza nr 3.3: „Potencjał techniczny”

stanowiącym część SIWZ wynikało jednoznacznie, iż w kolumnie nr 2 w/w formularza należy podać nazwę jednostki sprzętowej oraz parametry potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.3 SIWZ.

Przystępujący w kolumnie nr 2 załączonego do jej oferty formularza nr 3.3 (str. 79 oferty) zapis, iż dysponuje: „*Frezarką Wirtgen W2000 rok produkcji 2000*”.

Izba uznała, iż wskazany zapis jest wystarczający i adekwatny do istniejącego zapisu SIWZ. Przystępujący przedłożył dowody z których wynika zasadność stanowiska o „jednoznaczności” zapisu zawartego w wykazie i braku konieczności jego wyjaśnienia, czy też uzupełnienia samego wykazu w tym zakresie. Po pierwsze, przedłożone zaświadczenie producenta wskazanej frezarki wskazuje wprost, iż symbol W2000 oznacza jednocześnie szerokość roboczą bębna - 2000mm, po drugie oświadczenie właściciela frezarki od której Przystępujący wynajmuje urządzenie, z którego wynikają parametry frezarki W2000.

Wobec powyższego, Izba uznała iż Przystępujący udowodnił niezasadność zarzutu, przy czym Izba wskazuje także, że z uwagi na charakter Zamawiającego dysponował on profesjonalną wiedzą w tym zakresie, jak i Przystępujący i sam Odwołujący, dlatego twierdzenia o notoryjnym charakterze spornego zapisu należy uznać za słuszne.

Wobec niniejszego, zdaniem Izby nie miało miejsca naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w związku z art.7 Pzp, jak i art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W następnej kolejności, Izba odnie się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez nie wykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu pomimo nie wniesienia wadium w prawidłowy sposób, uznając w/w zarzut za niezasadny. W tej materii Izba wzięła pod uwagę orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 04.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 23/07, wyrok z dnia 11.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 32/08, wyrok z dnia 07.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 44/08, KIO/UZP 46/08, KIO/UZP 57/08 oraz w szczególności wyrok z dnia 31.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08), jak również orzecznictwo Sądów Okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 07.09.2005 r. sygn. akt: VI Ca 527/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12.05.2006 r., sygn. akt: Ca 489/06, jak i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.05.2008 r., sygn. akt: V Ca 903/08), w tym także orzeczenie będące rezultatem skargi na jeden z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (wskazany wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie ze skargi na orzeczenie KIO z dnia 31.03.2008 r.).

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący zgodnie z informacją ze str. 3 i 4 oferty złożył wraz z ofertą dowód złożenia wadium w formie gwarancji bankowej w wysokości 235.000,00 PLN (str. 91 oferty). W przedmiotowej gwarancji bankowej wystawca określa firmę Eurovia Polska S.A. (Wykonawcą) zamierzającym złożyć ofertę w postępowaniu,

którego dotyczy odwołanie, zobowiązując się; „działając na zlecenie Wykonawcy nieodwołalnie i bezwarunkowo (...) do zapłacenia” Zamawiającemu wymaganej kwoty wadium w wypadku zaistnienia przesłanek wynikających z art. 46 ust. 5 Pzp.

Mając niniejsze na uwadze, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Izba podzieliła pogląd za wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12.05.2006 r., sygn. akt: Ca 489/06, iż złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum, o ile Zamawiający w SIWZ nie zawarł wyraźnego wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium.

Po drugie, Izba wskazuje za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.05.2008 r., sygn. akt: V Ca 903/08, który w całej rozciągłości podzielił i przyjął za własne dokonane przez KIO w wyroku sygn. akt: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08 ustalenia faktyczne, jak i obszerną argumentację prawną przedstawioną w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku na odparcie stawianych zarzutów, uznając że ponowne przytaczanie tej samej argumentacji byłoby niecelowe, iż: *„nie podziela prezentowanego przez skarżących poglądu, iż dokument gwarancyjny powinien być zostać wystawiony i zawierać w swej treści wskazanie wszystkich członków konsorcjum ubiegających się o zamówienie. Podzielając w tej kwestii całkowicie argumentację przytoczoną przez KIO dodać jedynie należy, że nie można utożsamiać działań poprzedzających przystąpienie do postępowania przetargowego z działaniami członków konsorcjum podejmowanych już w toku postępowania, po złożeniu oferty, której ewentualny wybór warunkuje zafunkcjonowanie w obrocie podmiotu stworzonego w ściśle określonym celu”*.

Sąd wskazał także, iż: *„Należy pamiętać, że do momentu złożenia wspólnej oferty kilku firm tworzących konsorcjum na potrzeby postępowania przetargowego, zmuszone są one do podjęcia szeregu działań stanowiących źródło wzajemnych zobowiązań uzasadnionych wyłącznie treścią umowy o konsorcjum, której co istotne, nie mają obowiązku składać do momentu przystąpienia do zawarcia umowy z zamawiającym. A zatem przepisy ustawy pzp zostały tak skonstruowane, że zakłada się, iż wszelkie czynności niezbędne dla prawidłowego skonstruowania oferty odpowiadającej treści SIWZ poprzedzające złożenie oferty znajdują umocowanie w treści umowy konsorcyjnej. Jeśli treść dołączonego do oferty dokumentu nie wzbudza wątpliwości, iż dotyczy konkretnego wspólnego przedsięwzięcia, to nie ma podstaw by zakładać, że którykolwiek z członków konsorcjum działał wbrew woli, czy wiedzy innego”*.

W dalszej części orzeczenia wskazał również, iż: *„Teoretycznie można dopuścić istnienie sytuacji wspólnego ubiegania się przez strony umowy o konsorcjum o zamówienie publiczne, w której ostatecznie nie dochodzi do złożenia wspólnej oferty. Okoliczność ta nie*

może mieć jednak wpływu na ocenę skuteczności i ważności działań podejmowanych do daty złożenia ofert, które swoje materialnoprawne źródło czerpały z treści umowy o konsorcjum.”

Podniósł także w dalszej argumentacji, iż: „W konsekwencji także w razie złożenia oferty przez konsorcjum ważność i skuteczność czynności o charakterze prawnym, jak np. uzyskanie gwarancji bankowej należy oceniać przez pryzmat stosunku prawnego łączącego jeszcze tylko potencjalnych oferentów. Do chwili wyboru oferty istnienie, forma prawna, ważność umowy konsorcyjnej nie podlega badaniu w toku postępowania o zamówienie publiczne. Można przyjąć, że ewentualne ryzyko związane z nieprawidłowościami, które mogą dotyczyć takich umów obciąża w całości członków konsorcjum”.

Ponadto, stwierdził, iż: „nie są zasadne twierdzenia, iż ewentualna odmowa zawarcia umowy o zamówienie publiczne przez podmiot, który nie został wskazany w dokumencie gwarancyjnym pozbawia ochrony zamawiającego wobec ryzyka odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej przez bank. W stanie faktycznym niniejszej sprawy w ogóle taka sytuacja nie byłaby możliwa. Jedyнным autorem złożonej i wybranej oferty jest Konsorcjum firm (....). Treść umowy konsorcyjnej w sposób bezwzględny warunkowała jedynie wspólne ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Odmowa zawarcia umowy przez któregokolwiek z członków konsorcjum jest tożsama z odmową zawarcia umowy przez Konsorcjum. W tej sytuacji interesy zamawiającego podlegają pełnej ochronie z uwagi na treść dokumentu gwarancyjnego”.

Dodatkowo, Sąd Okręgowy podniósł: „Za Krajową Izbą Odwoławczą wskazać także należy, że dołączenie umowy konsorcyjnej (.....) przez Konsorcjum (.....) na etapie postępowania odwoławczego w żadnym wypadku nie może zostać ocenione jako niedopuszczalne uzupełnienie pełnomocnictwa. Zgodzić się należy, że z taką oceną możnaby mieć do czynienia wyłącznie w razie istnienia prawnej możliwości żądania przez zamawiającego dołączenia umowy konsorcyjnej. Skoro natomiast treść art. 23 ust. 4 pzp wyklucza taką możliwość to brak umowy na etapie składania ofert nawet teoretycznie nie może stanowić uchybienia podlegającego uzupełnieniu”.

Uznał także, iż: „Jak już wyżej wskazano uzyskanie gwarancji wadialnej musi poprzedzać co do zasady moment złożenia oferty, a zatem dysponowanie umocowaniem do jej uzyskania również należy oceniać według daty poprzedzającej złożenie oferty i w żadnym wypadku nie można utożsamiać pełnomocnictwa o jakim mowa w treści art. 23 ust. 1 pzp z pełnomocnictwem zawartym w umowie o konsorcjum, na które powoływał się oferent wobec wystawcy gwarancji.”

Wskazał także, że: „Również nie można zgodzić się z twierdzeniem, że treść złożonej gwarancji bankowej wzbudza uzasadnione wątpliwości co do podmiotu, na którego rzecz

została wystawiona. Nie można w tej kwestii pomijać, jak tego domagają się skarżący, że w dacie uzyskania gwarancji umowa konsorcjum łączyła już jego członków”.

Ponadto słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 04.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 23/07, że: *„Istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest to, że jest to umowa zawierana na rzecz osoby trzeciej, często bez jej wiedzy i zgody. Ma gwarantować zabezpieczenie interesów Zobowiązanego na wypadek gdyby w stosunku istniejącym pomiędzy nim, a beneficjentem gwarancji nastąpiły zdarzenia wymienione w gwarancji. Nie jest zatem tak, że gwarancja wadialna wywiera skutek tylko pomiędzy Zobowiązanym, a Gwarantem.”* Należy wskazać również na orzecznictwo Sądu Najwyższego, który w uchwale 7 sędziów z dnia 16.04.1993 r. (III CZP 16/93, OSN 1993, nr 10, poz. 166) stwierdził, iż: *„bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powoływać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona.”* (podobnie SN w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, nr 10, poz. 135); zob. także glosę G. Tracza, PB 1996, nr 2, s. 74-83).

W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający nie zawarł w SIWZ wyraźnego wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium. Z tego też powodu, jak i kierując się obszerną argumentacją prawną zawartą w wyroku KIO z dnia 31.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08 str. od 17 do 21, Izba uznała, że wystawienie dokumentu gwarancyjnego na Lidera Konsorcjum jest wystarczające dla zabezpieczenia oferty Konsorcjum i nie musi on zawierać w swej treści wskazanie wszystkich członków konsorcjum ubiegających się o zamówienie.

Argumentacja, iż pełnomocnictwo załączone do oferty złożone zgodnie z art. 23 ust.1 Pzp zostało wystawione z datą późniejszą (30.07.2008 r.) niż datą wystawienia gwarancji bankowej (29.07.2008 r.), co implikuje fakt, że odnosiło się tylko do członka Konsorcjum, a nie lidera Konsorcjum działającego w imieniu całego Konsorcjum jest błędna. Tak orzecznictwo Izby, jak wskazany wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, który Izba całości podziela wskazują, iż decydujące znaczenie w tej kwestii ma umowa konsorcjum i data z niej wynikająca. W tym miejscu, Izba wyjaśnia, iż mimo nie załączenia umowy konsorcjum, fakt jej istnienia wynika w sposób pośredni z załączonych do oferty dokumentów Przystępującego. M.in. na str. 5 oferty, pełnomocnictwo z dnia 30.07.2008 r., wyznacznik ósmy jest mowa o tym, iż: *„Pełnomocnictwo upoważnia w szczególności do występowania w imieniu Konsorcjum, do zaciągania zobowiązań i otrzymywania zleceń dla i w imieniu każdego lub wszystkich Partnerów Konsorcjum, a także do reprezentowania Konsorcjum wobec Zamawiającego i jego przedstawicieli oraz otrzymywania od nich wszelkich instrukcji dla i w imieniu każdego lub wszystkich Partnerów Konsorcjum, jak również do składania*

oświadczeń woli w ramach obowiązków wynikających z Kontraktu oraz Umowy Konsorcjum". Ponadto, na str.7 oferty, pełnomocnictwo z dnia 05.05.2008 r., wyznacznik treści: „*Niniejsze pełnomocnictwo, w ramach reprezentowania Mocodawcy w powyższym zakresie upoważnia Pełnomocnika do zawarcia w imieniu Mocodawcy umowy konsorcjum w celu wspólnego z innym wykonawcą/wykonawcami ubiegania się o przyznanie powyższego zamówienia i jego późniejszą realizację*". Potwierdził to także Przystępujący w treści przystąpienia do postępowania odwoławczego, które wpłynęło do UZP w dniu 06.10.2008 r. stwierdzając, iż: „*przed wystawieniem gwarancji uczestnicy konsorcjum zawarli umowę Konsorcjum, w której EUROVIA POLSKA S.A ustanowiona została LIDEREM, działającym w imieniu i na rzecz wszystkich członków Konsorcjum, o zakresie uprawnień pokrywającym się z treścią art. 23 ust. 2 Pzp*".

Przedłożone do oferty pełnomocnictwo udzielone w trybie art. 23 ust.1 Pzp nie regulowało kwestii odnoszącej się do wadium, gdyż uprawnienia z tym związane powinny wynikać z treści umowy konsorcyjnej stanowiącej podstawę do działania konsorcjum do momentu złożenia oferty.

Faktem jest, iż Zamawiający nie znał szczegółowych zapisów umowy konsorcjum na etapie składania oferty, gdyż nie mógł żądać przedłożenia wskazanego dokumentu z uwagi na art. 23 ust.4 Pzp, jednakże Izba uznaje, że nie było przeszkód prawnych, do wystąpienia do Przystępującego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 Pzp, wyniku których mogła zostać złożona także umowa konsorcjum, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości. Jednakże wobec przedłożenia w toku postępowania odwoławczego, jako dowodu na rozprawie, co w ocenie Izby jest dopuszczalne, umowy konsorcjum z dnia 28.07.2008 r., która w pkt 56 (str.7 z 8) stwierdza, że: „*Wadium – gwarancję przetargową uzyska i złoży Lider Konsorcjum, Partnerzy zwrócą proporcjonalnie koszt uzyskania*”, niniejsze skutkuje brakiem konieczności ewentualnych wyjaśnień w tym zakresie.

Całokształt okoliczności nie pozostawia wątpliwości, że gwarancja nie została uzyskana przez działający jako samodzielny podmiot, ale przez Konsorcjum ubiegające się o uzyskanie konkretnego zamówienia, którego przedmiot w treści dokumentu został precyzyjnie określony. M.in. nie wykazano w toku sprawy, że firma Eurovia Polska S. A. ubiegała się samodzielnie o uzyskanie zamówienia o tożsamym przedmiocie z wskazanym w treści dokumentu gwarancyjnego.

Opieranie zarzutów odwołania na twierdzeniach o nieprawidłowości dokumentu wadium należy ostatecznie ocenić jako konsekwencję przyjętej przez Odwołującego linii obrony zmierzających do wykluczenia z przetargu Konsorcjum Eurovia. Mając jednak na uwadze wskazane wyżej rozważania oraz w szczególności podzielony w pełni przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyrok KIO z dnia 31.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 223/08,

KIO/UZP 231/08, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie może zostać oceniony przez Izbę jako zasadny.

W ostatniej kolejności, Izba odniesie się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum Eurovia pomimo, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie przyjęcie przez Konsorcjum Eurovia wyższych stawek robocizny, narzutów, kosztów i zysków w Formularzu nr 2.1: „Wykaz Stawek i narzutów” od przyjętych w kalkulacji cen w kosztorysie ofertowym Konsorcjum, uznając w/w zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że Odwołujący w proteście, jak i jego uzupełnieniu podniósł, iż wbrew wymogowi Zamawiającemu określone w uwagach odnośnie sposobu wypełnienia formularza nr 2.1. (str. 20 SIWZ), Przystępujący zastosował inne stawki obliczeniowe przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego niż te wpisane do wspomnianego formularza, tj. stawki i narzuty wskazane w formularzu nr 2.1. oferty są wyższe od przyjętych stawek i narzutów przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym. Przy czym, dowód na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedłożył dopiero w uzupełnieniu w postaci wykonanej kalkulacji. Oparła się ona na stawkach i narzutach przyjętych przez konsorcjum w Formularzu 2.1. oraz KNR powołanych przez Zamawiającego we wzorcu umowy i powszechnie przyjętych przy kosztorysowaniu. Z wyliczenia tego wynikało, iż w odniesieniu do przedstawionych w powołanej kalkulacji pozycji cena ofertowa jest nawet kilkakrotnie niższa od ceny uwzględniającej wskazane przez konsorcjum w Formularzu 2.1. narzuty i stawki. Na tej zasadzie nie miało budzić wątpliwości, iż owe stawki i narzuty z przedmiotowego Formularza 2.1. są wyższe od stawek i narzutów przyjętych przez konsorcjum w ofercie, nie jest bowiem możliwym, aby tak duża różnica w cenach była następstwem różnicy w podstawie, która, jak wskazano powyżej, jest ujednolicona. Izba stwierdziła także, iż w odpowiedzi na rozstrzygnięcie Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że nie zarzuca, iż Konsorcjum Eurovia, zastosował inne stawki obliczeniowe przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego niż te wpisane do wspomnianego formularza nr 2.1. oferty dla robót nieprzewidzianych. Zarzuca natomiast, iż stawki i narzuty dla robót nieprzewidzianych są wyższe, wbrew zapisom SIWZ, niż te zastosowane przez Konsorcjum Eurovia przy kalkulacji ceny ofertowej.

Izba biorąc powyższe pod uwagę stwierdza co następuje:

Po pierwsze, Pzp nie zna instytucji uzupełnienia protestu, dlatego też należy przyjąć dla porządku, iż argumentacja wynikająca z uzupełnienia protestu z dnia 03.09.2008 r., czyli jak wskazał w przystąpieniu, tak protestu, jak i odwołania Przystępujący dowód, który udowodniłby podniesione zarzuty de facto został zawarty dopiero w odwołaniu, co jednak zdaniem Izby nie wpływa na jego ocenę, gdyż dowody można składać, aż do zamknięcia

rozprawy. Takie stanowisko Izby wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20.02.2007 r., sygn. akt: IX Ca 50/07, który także uznał, iż Pzp nie zna instytucji uzupełnienia protestu. Powyższe znajduje także potwierdzenie w fakcie, iż uzupełnienie jest jak sam przyznał Protestujący odpowiedzią na przystąpienie.

Po drugie, Izba stwierdza, że Odwołujący nie dokonał w odwołaniu zmiany zarzutu w swej treści z twierdzenia, iż Przystępujący zastosował inne stawki obliczeniowe przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego niż te wpisane do wspomnianego formularza nr 2.1. oferty dla robót nieprzewidzianych na zarzut, iż stawki i narzuty dla robót nieprzewidzianych są wyższe, wbrew zapisom SIWZ, niż te zastosowane przez Konsorcjum Eurovia przy kalkulacji ceny ofertowej.

Izba uznała, że istotą zarzutu jest kwestia, czy Przystępujący przedłożył stawki i narzuty dla robót nieprzewidzianych wyższe niż te, które zastosował przy kalkulacji ceny ofertowej. Na poparcie swojego twierdzenia Odwołujący przedłożył, jako dowód przykładową symulację, w odpowiedzi na którą Przystępujący przedłożył symulację przeciwną (dowód przeciwny), z której wynika, że na koszt danej pozycji kosztorysowej składa się wiele czynników cenotwórczych i symulacja oparta na KNR przedstawiona przez Odwołującego jest niemiarodajna i nie potwierdza zasadności jego zarzutu wobec Przystępującego.

Izba uznała, iż przedłożone dowody są niemiarodajne i przeprowadziła dowód z SIWZ, tj. z formularza 2.1, jak i „*Istotnych dla stron postanowień umowy*”, celem ustalenia celu jaki przyświecał Zamawiającemu w żądaniu przedłożenia „*Wykazu stawek i narzutów*” dla robót nieprzewidzianych. Izba stwierdza, że Zamawiający nie wymagał, aby stawki z wykazu były powiązane z KNR-em. W wykazie Zamawiający wskazał jedynie cel któremu ma służyć wskazanie stawek i narzutów oraz postawił wymóg, iż nie mogą być one wyższe niż wskazane w kosztorysie ofertowym. A zatem punktem odniesienia dla określenia wysokości stawek powinna być kalkulacja przyjęta przez poszczególnych Wykonawców w ich kosztorysach ofertowych, w zależności od norm, czy też kalkulacji własnej dokonywanej w tych kosztorysach.

Wobec niniejszego, zdaniem Izby nie miało miejsca naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....