

**WYROK**

dnia 07 maja 2008 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Marcjoniak**

**Członkowie: Luiza Łamejko**

**Jolanta Markowska**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 maja 2008 roku odwołania wniesionego przez:

- A. Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie
- B. Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub” z siedzibą w Kiełpinie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Miejską Lubin protestu z dnia 09 kwietnia 2008r.

przy udziale przystępującego Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub” z siedzibą w Kiełpinie - po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

- I. Oddala odwołanie Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie;
- II. Oddala odwołanie Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub” z siedzibą w Kiełpinie;
- III. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości po 2.032 zł. (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub” z siedzibą w Kiełpinie i Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie

- 2) dokonać zwrotu kwot po 17.968 zł. (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub” z siedzibą w Kiełpinie i Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Miejską Lubin na „Rozbudowę i modernizację obiektów sportowych i infrastruktury edukacyjnej przy Gimnazjum Nr 3 w Lubinie” wykonawca Dariusz Kaszuba prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub” wniósł w dniu 09.04.2008r. protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty wykonawcy Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie jako najkorzystniejszej i na zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 pzp, art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4 pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 pzp. W uzasadnieniu protestu wykonawca zarzucił ofercie wybranej niewłaściwe zabezpieczenie wadium w ten sposób, że gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona na konsorcjanta Prestige Sp. z o.o., a nie na Konsorcjum. Ponadto, w ocenie Protestującego oferta Konsorcjum jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie danych wyjściowych do kosztorysowania (pkt. 6 rdz. XVI SIWZ), ponieważ nie zawiera pozycji Kosztów zakupu – Kz.

Wniósł o: unieważnienie decyzji wyboru oferty Konsorcjum i dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp).

Zamawiający w dniu 18.04.2008r. uwzględnił protest i unieważnił czynność oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, że uwzględnił protest uznając zasadność zarzutu dotyczącego braku podania w ofercie Konsorcjum kosztów zakupu. Rozstrzygnięcie protestu Zamawiający przekazał Wykonawcom w dniu 18.04.2008r. za pośrednictwem faksu.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 22.04.2008 r. Wykonawca Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie złożył odwołanie i przekazał kopię odwołania Zamawiającemu faksem.

Odwołanie zostało poprzedzone skutecznym przystąpieniem do postępowania protestacyjnego i wniesione w terminie ustawowym z art. 184 ust. 2 pzp.

Skarżący zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp, przez przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia

- art. 7 ust. 1 pzp.

W treści uzasadnienia Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisem pkt. 5.3 SIWZ wyłącznie wskazanie zerowych kosztów bezpośrednich robocizny, materiałów i pracy sprzętu skutkuje odrzuceniem oferty. Tymczasem koszty zakupu (Kz) nie stanowią kosztów bezpośrednich, ponadto ich wskazanie nie jest obligatoryjne przy sporządzaniu kosztorysów. Odwołujący



podniósł, że nie wskazał kosztów zakupu ponieważ nie przewiduje żadnych narzutów z nimi związanych. Wszystkie koszty związane z dokonywaniem zakupów materiałów zostały przewidziane w kosztach ogólnych (Ko). W ocenie Odwołującego, skoro koszty zakupu stanowią koszty pośrednie, to ich nie wskazanie nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Wniósł, o:

1. unieważnienie czynności uwzględnienia protestu,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pismem z dnia 26.04.2008r. przystąpił Wykonawca - Dariusz Kaszuba prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub”. Wniósł o oddalenie odwołania złożonego przez Wykonawcę – Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie jako bezzasadnego.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 23.04.2008r. odwołanie złożył Wykonawca Dariusz Kaszuba prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub”, jednocześnie przekazując kopię odwołania Zamawiającemu faksem. Rozstrzygnięciu zarzucił naruszenie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 24 ust. 4 pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum od udziału w dalszym postępowaniu. Wniósł o:

1. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert;
2. nakazanie wykluczenia Konsorcjum od udziału w dalszym postępowaniu
3. nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum w związku z wykluczeniem z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że w obecnym stanie faktycznym i prawnym nadal uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest Wykonawca Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie, podczas gdy – zdaniem Odwołującego – Wykonawca ten powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp, jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 pzp, a w następstwie wybrana oferta Odwołującego jako najkorzystniejsza.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały stanowiska.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:

Odwołanie Wykonawcy Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, PBKI „Kombud” sp.j. z siedzibą w Lubinie jest niezasadne i jako takie podlega oddaleniu.

Zamawiający rozstrzygając protest prawidłowo ustalił, że oferta tego Wykonawcy jest sprzeczna z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z zapisami rozdziału XV pkt. 4, 5 i 6 SIWZ wykonawca powinien wskazać w ofercie dane wyjściowe do kosztorysowania stanowiące podstawę obliczenia cen jednostkowych, tj. Rg, Z, Ko, Kz. Cena jednostkowa każdej pozycji musiała obejmować koszty bezpośrednie robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk. W oparciu o wskaźniki Rg, Z, Ko i Kz Zamawiający zagwarantował sobie prawo do ustalania wartości zamówień uzupełniających.

Bezspornym jest, że w ofercie Wykonawcy Konsorcjum podano wyłącznie niektóre z wymaganych kosztów, tj. koszty pośrednie (oznaczone jako Kp) oraz zysk (oznaczony jako Z). W ramach kosztów pośrednich Wykonawca wyróżnił: koszty pracy sprzętu (oznaczone jako S) i koszty robocizny (oznaczone jako R). Tym samym, brak jest wykazania w ramach kosztów pośrednich, zwanych przez odwołujące się Konsorcjum – kosztami ogólnymi,

wymaganych przez Zamawiającego kosztów zakupu (Kz). Nie zostały również w omawianej pozycji Kp uwzględnione koszty materiałów (dowód: kosztorys ofertowy, str. 3 oferty), na które powoływał się Odwołujący twierdząc, że wyłącznie brak tych kosztów, jako kosztów bezpośrednich, powinien skutkować odrzuceniem oferty na podstawie zapisu pkt. 5.3. SIWZ. Reasumując, Zamawiający zawarł *expressis verbis* w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg wskazania wszystkich czterech pozycji wyjściowych do kosztorysowania, stanowiących podstawę obliczenia ceny jednostkowej, tj. robocizny (Rg), zysku (Z), kosztów ogólnych (Ko) i kosztów zakupu (Kz). Nie wskazanie którejkolwiek z tych pozycji w ofercie skutkować powinno jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp, jako niespełniającej warunków Specyfikacji. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający prawidłowo rozstrzygnął protest i unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Nie zasługuje na uwzględnienie odwołanie Wykonawcy Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „Kaszub”. Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Konsorcjum: Prestige Sp. z o.o. i PBKI „Kombud” sp.j. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp.

Stosownie do dyspozycji art. 23 ust. 1 i 2 pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego i w takim przypadku ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu. Pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum może być jeden z konsorcjantów, a pełnomocnictwo do działania w imieniu i na rzecz konsorcjum powinno wynikać bądź z umowy, bądź z odrębnej czynności prawnej.

Na podstawie pełnomocnictwa z dnia 06.03.2008r. Konsorcjum: PBKI „Kombud” sp.j. i Prestige Sp. z o.o. udzieliło umocowania uczestnikowi konsorcjum Prestige Sp. z o.o. jako liderowi, między innymi do czynności podpisania i złożenia wspólnej oferty oraz zaciągania w imieniu Konsorcjum zobowiązań w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dowód: pełnomocnictwo z dnia 06.03.2008r., str. 25 oferty). Zważyć należy, że złożenie oferty obejmuje również czynność jej zabezpieczenia wadium, zgodnie z zapisami Specyfikacji. W przypadku wykonawcy działającego w ramach konsorcjum dopuszczalne jest zarówno wspólne wniesienie wadium przez wykonawców, jak również przez jednego z nich. Istotne jest, aby wadium zabezpieczało ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców.

Z treści gwarancji wadialnej załączonej do oferty Konsorcjum wynika, że gwarancja obejmuje ofertę złożoną na „Rozbudowę i modernizację obiektów sportowych i infrastruktury edukacyjnej przy Gimnazjum Nr 3 w Lubinie” (dowód: gwarancja wadium z dnia 07.03.2008r. wystawiona przez Unię T.U S.A.). Mając powyższe na uwadze uznać należy, że wadium zostało wniesione przez Konsorcjum: PBKI „Kombud” sp.j. i Prestige Sp. z o.o. zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych w formie dopuszczalnej przez Zamawiającego w rdz. XII pkt. 6 tiret 4 SIWZ w postaci gwarancji ubezpieczeniowej.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 pzp orzekła jak w sentencji wyroku.

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

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 w Legnicy.