

Sygn. akt KIO/UZP 1085/09

WYROK
z dnia 2 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Barbara Bettman

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Moja Sp. z o.o., 48-130 Kietrz, ul. Stanisława Okrzei 21 (pełnomocnik) oraz SPORTER s.r.o., 841 04 Bratislava, Gabickova 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wołczyn, 46-250 Wołczyn, ul. Dworcowa 1** protestu z dnia **15 lipca 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Moja Sp. z o.o., 48-130 Kietrz, ul. Stanisława Okrzei 21 (pełnomocnik) oraz SPORTER s.r.o., 841 04 Bratislava, Gabickova 4

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Moja Sp. z o.o., 48-130 Kietrz,**

**ul. Stanisława Okrzei 21 (pełnomocnik) oraz SPORTER s.r.o.,
841 04 Bratislava, Gabickova 4;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Moja Sp. z o.o., 48-130 Kietrz, ul. Stanisława Okrzei 21 (pełnomocnik) oraz SPORTER s.r.o., 841 04 Bratislava, Gabickova 4.**

Uzasadnienie

I. W dniu 14.05.2009 Urząd Miejski w Wołczynie, 46-250 Wołczyn, ul. Dworcowa 1 (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa Boisk Sportowych - Moje boisko-ORLIK 2012 w Wołczynie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10.07.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania.

W dniu 15.07.2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Moja Sp. z o.o., 48-130 Kietrz, Stanisława Okrzei 21 (pełnomocnik) oraz SPORTER s.r.o., 841 04 Bratislava, Gabickova 4 (zwani dalej Odwołującym bądź Konsorcjum), którzy zostali wykluczeni z postępowania – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 23.07.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 28.07.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście, a następnie w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w jego ocenie nieprawidłowo został wykluczony z postępowania.

Zamawiający wykluczył Konsorcjum, ponieważ nie spełniło warunku udziału w postępowaniu co do polisy ubezpieczeniowej. Jednak w przekonaniu Odwołującego, przedłożenie przez jednego z uczestników Konsorcjum polisy ubezpieczeniowej, w której sumę ubezpieczenia określono na kwotę dwukrotnie wyższą, niż określona przez Zamawiającego jako minimalna,

w pełni odpowiada wymogom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

Zamawiający nie zgodził się z takim stanowiskiem, i w rozstrzygnięciu protestu, a następnie na rozprawie, wskazał, iż wymagał wspólnej polisy od obu konsorcjantów, co oznacza, że każdy z nich winien być objęty ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, co powinno być potwierdzone polisą załączoną do oferty.

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznanie go za spełniającego warunki udziału w postępowaniu.

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

Izba z urzędu bada, czy Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania – zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wykonawca ma prawo składać środki ochrony prawnej, jeżeli jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W postępowaniu, w którym złożono odwołanie, trudno się dopatrzeć naruszenia przez Zamawiającego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego – w postępowaniu złożono bowiem sześć ofert, a Odwołujący złożył ofertę najdroższą, zatem unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania nie spowoduje, że uzyska on zamówienie. Zaistnienie sytuacji, iż każdy z pięciu wykonawców uplasowanych wyżej od Odwołującego w rankingu ofert odmówi podpisania umowy, jest nieprawdopodobne, lecz jednak - teoretycznie – możliwe. Ponadto, obok wąskiego pojęcia interesu prawnego, przyjęło się obecnie w orzecznictwie szersze rozumienie – wykonawca w każdym przypadku ma prawo do uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które jest pozbawione wad, co w treści odwołania znalazło odzwierciedlenie w zarzucie sformułowanym przez Odwołującego, który podnosi, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający określił w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w następujący sposób:
„ubezpieczenie Wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN.

Przy składaniu ofert przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawcy mogą złożyć jedną wspólną polisę potwierdzającą, że wszyscy Wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN.”

2. Odwołujący załączył do oferty polisę ubezpieczeniową seria DR nr 0848720 (kopia oferty Odwołującego w aktach sprawy), która potwierdza, że jeden z uczestników Konsorcjum – Moja Sp. z o.o. posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z sumą ubezpieczenia 1 000 000 zł. Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu innej polisy, ani w załączeniu do oferty, ani w trybie uzupełnienia dokumentów wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący, załączając do oferty polisę ubezpieczeniową seria DR nr 0848720, spełnił warunek postawiony przez Zamawiającego.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, że z postanowienia SIWZ w pkt. 3 Rozdziału 11 wynika, iż w przypadku wnoszenia oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, uczestnicy konsorcjum, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu, mieli wyłącznie dwa alternatywne sposoby złożenia polis ubezpieczeniowych:

- 1) mogli złożyć polisę wspólną (z sumą ubezpieczenia 500 000 zł dla polisy wspólnej) albo
- 2) każdy z nich winien złożyć polisę (z sumą ubezpieczenia 500 000 zł dla każdej ze składanych polis).

Jednak Izba uznała, że drugi sposób zaspokojenia oczekiwań zamawiającego co do warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie wynika z brzmienia SIWZ, mimo takiego przekonania Zamawiającego.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, potencjał finansowy konsorcjantów może być badany łącznie (właśnie celem powstawania konsorcjów jest wspólne posługiwanie się posiadanym przez uczestników konsorcjum potencjałami technicznymi i finansowymi), a więc możliwość sumowania potencjału obejmuje również posługiwanie się polisą ubezpieczeniową (podobnie jak można np. sumować zdolność kredytową czy posiadane środki poszczególnych konsorcjantów).

Ustawodawca w art. 22 Prawa zamówień publicznych określił trzy rodzaje warunków udziału w postępowaniu, a następnie w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie) określił dokumenty, jakich Zamawiający może żądać na potwierdzenie

spełnienia tychże warunków – rzeczywiście, polisa ubezpieczeniowa należy do innej kategorii dokumentów, niż dokumenty potwierdzające posiadanie potencjału technicznego (warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych mają być potwierdzone dokumentami, o których mowa w par. 1 ust. 2 Rozporządzenia) oraz dokumenty potwierdzające prawo do występowania w obrocie (warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych mają być potwierdzone dokumentami, o których mowa w par. 1 ust. 1 Rozporządzenia). Odnosnie tej ostatniej kategorii dokumentów Zamawiający ma rację, że muszą być składane osobno przez każdego z uczestników konsorcjum, w pozostałych dwóch kategoriach dokumenty mogą być, co do zasady, składane łącznie (na potwierdzenie potencjału finansowego i technicznego).

Zatem możliwość złożenia polisy na wymaganą przez Zamawiającego kwotę przez tylko jednego z uczestników konsorcjum wynika wprost z przepisów.

Zauważyć również należy, że rację ma Odwołujący, wskazując, że w SIWZ Zamawiający wcale takiej możliwości nie wyłączył, a postanowienie ostatniego zdania Rozdziału 11 pkt. 3 SIWZ przewidujące dodatkową możliwość posługiwania się polisą wspólną stwarza fakultatywne prawo dla wykonawcy dla przedłożenia takiego dokumentu, nie wyłączając praw wynikających z ustawy.

Zamawiający na rozprawie, w odpowiedzi na pytanie członka składu orzekającego, w jakiej wysokości Zamawiający oczekiwał przy tak określonym wymogu polis od każdego konsorcjanta, wskazał, że w przypadku składania przez konsorcjantów oddzielnych polis każda z nich powinna opiewać na kwotę 500 000. zł, natomiast gdyby mieli złożyć polisę wspólną obejmującą wszystkich konsorcjantów również miałaby ona opiewać na kwotę 500 000 zł. W ocenie Izby powyższa odpowiedź Zamawiającego potwierdza, że rozumiał on warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, który naruszał uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców: w przypadku możliwości uzyskania polisy „łącznej” każdy z konsorcjantów „składałby się” na sumę ubezpieczenia wymaganą przez Zamawiającego, a w przypadku składania polis oddzielnych, każdy z nich ponosiłby koszty polisy na wymaganą kwotę – co powodowałoby zróżnicowaną sytuację wykonawców w zależności od wyboru (bądź możliwości) sposobu złożenia polisy.

Reasumując, Izba stwierdziła, iż Odwołujący do oferty załączył polisę poświadczającą spełnienie warunków udziału w postępowaniu, i Zamawiający nie miał podstaw, aby wzywać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji – nie było podstaw, by wykluczyć wykonawcę z postępowania. Zamawiający, dokonując takiej czynności – nieprawidłowego wykluczenia – rzeczywiście dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co zasadnie podniósł Odwołujący w odwołaniu. Skład orzekający uznał zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu za w pełni uzasadnione.

Zgodnie z art. 191 ust. 1 a Prawa zamówień publicznych, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę, że oferta Odwołującego, po uznaniu, że nie podlega on wykluczeniu, byłaby sklasyfikowana na ostatnim, szóstym miejscu w rankingu ofert oraz zważywszy na okoliczność, że wykonawca sklasyfikowany na pierwszym miejscu w rankingu ofert, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie uchylił się od podpisania umowy i w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego umowa została zawarta w dn. 18.08.2009 r. (postanowieniem z dn. 10.08.2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza uchyliła zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu), skład orzekający stwierdził, że w przypadku niniejszego postępowania odwoławczego ewentualne uwzględnienie odwołania nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania rozumiany jako decyzja Zamawiającego o uznaniu konkretnej oferty za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Izba nie mogła uwzględnić odwołania i orzeczono, jak w sentencji.

Na marginesie, zauważyć należy, że jeżeli Zamawiający po nieprawidłowym wykluczeniu Konsorcjum z postępowania i niezpełnieniu przez niego dokumentów zatrzymał wadium, Odwołujący ma prawo dochodzenia swoich praw na drodze sądowej.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....