

WYROK
z dnia 12 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek- Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspen Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5, Aspen Plus Sp. z o.o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera, 31-826 Kraków, os. Złotej Jesieni 1** protestu z dnia 6 kwietnia 2009 r.

przy udziale konsorcjum firm: **Impel Cleaning Sp. z o.o. (lider), 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Sita Kraków Sp. z o.o., 31-764 Kraków, ul. Darwina 66**, zgłaszających swoje przystąpienie po stronie odwołującego.

przy udziale konsorcjum firm: **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód (lider konsorcjum), 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46, Adam Gołygowski, Zbigniew Gołygowski, Marek Kalicki prowadzący wspólnie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KONTENER” s.c, 30-243 Kraków, ul. Zagrodzie 25** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspen Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5, Aspen Plus Sp. z o.o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspen Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5, Aspen Plus Sp. z o.o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspen Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5, Aspen Plus Sp. z o.o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Ludwika Rydygiera, 31-826 Kraków, os. Złotej Jesieni 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aspen Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5, Aspen Plus Sp. z o.o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5.**

U z a s a d n i e

I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi *specjalistycznego sprzątnia, całodobowego utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitala, dezynfekcji, dezynsekcji i*

deratyzacji, segregacji i transportu surowców wtórnych, odpadów medycznych i komunalnych do miejsca ich składowania, transportu wewnętrznego i usług pomocniczych w oddziałach szpitala, oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych, usuwania śniegu i lodu oraz wywozu odpadów pochodzących z oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych (numer referencyjny 11/ZP/2009). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2009 r., 2009/S 19-027236.

Zamawiający w dniu 27 marca 2009 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze w postępowaniu oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Kontener” s.c. Adam Gołygowski, Zbigniew Gołygowski, Marek Kalicki, zwani dalej konsorcjum Naprzód.

W dniu 6 kwietnia 2009 roku protest do zamawiającego wniosło konsorcjum firm: Aspen Sp. z o.o., Aspen Plus Sp. z o.o., zwani dalej konsorcjum Aspen, wobec czynności:

- 1) zaniechania wezwania w trybie art. 26.3 i art. 90 ust. 1 ustawy konsorcjum Naprzód do uzupełnienia OC oraz oświadczenia w zakresie podwykonawcy oraz złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty;
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Naprzód na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1-5, 8 i art. 24 ust. 4 ustawy;
- 3) oceny ofert;
- 4) wyboru oferty konsorcjum Naprzód i zaniechanie wyboru oferty protestującego.

Względem wybranej oferty, wątpliwości konsorcjum Aspen powzięło w związku z analizą stosunku zaproponowanej ceny do zakresu zamówienia oraz do przedstawionej przez konsorcjum Naprzód organizacji pracy (w tym liczby zatrudnionych osób) przy realizacji zamówienia, opierając się na własnej wiedzy i wieloletnim doświadczeniu w realizacji zamówień na usługi podobne lub identyczne. Protestujący wskazał, iż przyjęte przez konsorcjum Naprzód założenia co do liczebności personelu są wyższe o przeszło 20% od założeń konkurentów, a tym samym generują wyższe koszty osobowe, a mimo tego cena oferty konsorcjum Naprzód jest niższa o co najmniej 1,5 mln zł. od cen pozostałych konkurentów. Każdy z wykonawców był zmuszony kalkulować cenę usługi z uwzględnieniem wynagrodzenia należnego wszystkim przejmowanym pracownikom, a także formy ich zatrudnienia (zgodnie z art. 23¹ kodeksu pracy). Transfer wszystkich pracowników świadczących pracę na rzecz dotychczasowego wykonawcy przy realizacji przedmiotowych usług u zamawiającego, nastąpi *ex lege* na aktualnych na dzień przejścia warunkach. Zdaniem protestującego, przy utrzymaniu zaoferowanej przez konsorcjum Naprzód ceny,

należyte wykonanie kontraktu objętego zamówieniem może okazać się nierealne i narazić zamawiającego na szkody.

W ocenie protestującego umowa konsorcjum zawarta została pomiędzy osobą prawną oraz umową spółki cywilnej, która w ogóle nie posiada zdolności kontraktowej, a w takim stanie rzeczy umowa konsorcjalna nie została zawarta, a konsorcjum w istocie nie zostało powołane. Na tej podstawie oferta konsorcjum Naprzód-Kontener powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy, jako niebyła.

Z ostrożności, protestujący dokonał analizy zapisów umowy konsorcjalnej, w której konsorcjanci w § 6 w pełni wyłączyli odpowiedzialność solidarną przewidzianą w art. 141 ustawy pzp i na tej podstawie oferta podlega odrzuceniu jako sprzeczna z ustawą, ponieważ umowa konsorcjum jest w całości nieważna (art. 58 § 3 *in fine* kodeksu cywilnego). Skoro umowa konsorcjum stała się częścią oferty i zastrzega zgodność umowy z treścią oferty, nie będzie możliwe zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. Strony konsorcjum wyłączyły względem siebie odpowiedzialność *ex contractu* z tytułu tej umowy, ponosząc względem siebie odpowiedzialność wyłącznie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z zamawiającym. Zatem w przypadku wycofania pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum nie wywoływało by odpowiedzialności z tytułu uniemożliwienia zawarcia umowy z konsorcjum.

Protestujący uznał, iż spółka cywilna, skoro nie posiada zdolności prawnej, to nie może być podmiotem zobowiązanym względem zamawiającego. Odpowiedzialność mogą ponosić tylko wspólnicy, na których nie wystawiono gwarancji bankowej. Treść oświadczenia gwaranta nie może podlegać wykładni rozszerzającej w ten sposób, aby uznać iż bank z tytułu gwarancji ponosi odpowiedzialność za wspólników spółki wskazanej w treści gwarancji. Tym samym, należało uznać, iż konsorcjum Naprzód w ogóle nie wniosło wadium, co skutkuje koniecznością wykluczenia konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

Z uwagi na powyższe, w ocenie protestującego oferta konsorcjum Naprzód podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 8.

Niezależnie od powyższego, w proteście podniesiono dodatkowe zarzuty względem oferty konsorcjum Naprzód, tj, braku złożenia oświadczenia podwykonawcy o udostępnieniu stosownego potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie dezynsekcji, deratyzacji i mycia okien na wysokościach, co do których usług wykonawca oświadczył, iż wykona je z udziałem podwykonawców. W ocenie protestującego, zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do złożenia takiej deklaracji ważnej na dzień składania ofert.

Ponadto, złożona w ofercie polisa ubezpieczeniowa dotyczy tylko jednego z członków konsorcjum, tj S.I. Naprzód. Ochrona ubezpieczeniowa jednego z konsorcjantów nie

obejmuje innych członków konsorcjum, dlatego też warunek taki powinien spełniać każdy z nich. Zamawiający powinien wezwać konsorcjum do złożenia polisy OC dotyczącej partnera konsorcjum ważnej na dzień składania ofert.

Protestujący wskazał, iż analiza stosunków cen ofertowych, zakresu zamówienia oraz przyjętej przez poszczególnych wykonawców organizacji pracy (liczebność personelu, formy zatrudnienia) powinna doprowadzić zamawiającego do uznania zasadności wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, konsorcjum Naprzód-Kontener do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny. Z wiedzy i doświadczenia protestującego możliwe jest potwierdzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny, skutkującej odrzuceniem oferty.

Zamawiający oddalił protest w całości w dniu 15 kwietnia 2009 roku, uznając iż oferta konsorcjum Naprzód nie zawiera ceny rażąco niskiej, gdyż różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego stanowi niewiele ponad 1 % wartości zamówienia. W odniesieniu do pracowników, którzy będą przejęci z tytułu wstąpienia w stosunek pracy na podstawie art. 23¹ kp, zamawiający wskazał, iż dotyczy to tylko 28 pracowników, a do wykonania zamówienia, na co wskazują założenia wykonawców, potrzeba nie mniej niż 125 osób. Zatem, w odniesieniu do znaczącej liczby pracowników wykonawca posiada swobodę w ustaleniu kosztów pracy.

Zamawiający uznał za skrót myślowy wskazanie w oznaczeniu podmiotu w treści umowy konsorcjum oraz dokumencie gwarancji bankowej, sformułowania „Kontener s.c.”, który nie może powodować nieważności umowy konsorcjum, czy też nieważności samej gwarancji.

Zamawiający wskazał, iż nie ma na obecnym etapie, tj. przed wyborem oferty, kompetencji do kontroli treści umowy konsorcjum, a jej postanowienia nie mogą zatem wywoływać negatywnych skutków prawnych. Ponadto, art. 141 ustawy pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a dyspozycja tej normy nie może być zmieniona wolą stron.

Zamawiający nie podzielił poglądu o zaistnieniu podstawy do wezwania konsorcjum Naprzód do złożenia zobowiązania podwykonawcy o udostępnieniu potencjału niezbędnego do wykonania zamówienia. Art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp odnosi się do innej sytuacji, niż ta której dotyczy protest, tj. legitymowania się wiedzą i doświadczeniem oraz dysponowania potencjałem technicznym i ludzkim potrzebnym do wykonania zamówienia. W niniejszym postępowaniu ocena spełniania warunku dokonana została na podstawie wykazu usług. Argument protestującego byłby zasadny, gdyby konsorcjum Naprzód powołując się na potencjał techniczny i ludzki innego podmiotu nie przedstawił jednocześnie oświadczenia tego podmiotu o udostępnieniu potencjału. Samo wskazanie, iż część usług realizowanych będzie przez podwykonawcę nie oznacza w ocenie zamawiającego, iż wykonawca nie dysponuje potencjałem niezbędnym do wykonania zamówienia.

Zamawiający uznał, iż polisa OC może być przedłożona jedynie przez jednego z uczestników konsorcjum, w celu potwierdzenia potencjału ekonomiczno-finansowego, a nie w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający uznał za dopuszczalne składanie wspólnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających oświadczenia, iż wykonawcy spełniają razem warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy. Jest bowiem rzeczą naturalną, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie są wobec siebie komplementarni.

Konsorcjum Aspen wniosło w dniu 24 kwietnia 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymano zarzuty i argumentację zawartą w proteście wraz z żądaniem unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania konsorcjum Naprzód do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy, powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia i odrzucenia oferty konsorcjum Naprzód oraz dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzupełnieniu dotychczasowej argumentacji, w odwołaniu wykonawca szeroko odniósł się do charakteru stosunku zobowiązaniowego, jaki powstaje na skutek zawarcia umowy o udzielenie gwarancji przez bank i sposobu dokonywania wykładni oświadczenia banku złożonego w treści gwarancji bankowej załączonej do oferty z tytułu wadium. W ocenie odwołującego, treść oświadczenia, w szczególności oznaczenie podmiotu, którego zobowiązania zabezpiecza bank, należy interpretować ściśle i nie jest dopuszczalne stosowanie wykładni rozszerzającej przez uznanie, że zabezpiecza ona zobowiązania wspólników spółki cywilnej, tak jak czyni to zamawiający.

II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, stanowisk stron oraz uczestników postępowania, a także dowodów złożonych na rozprawie, skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący wykazał naruszenie jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, gdyż na skutek czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca pozbawiony został możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Na podstawie protokołu postępowania stwierdzono, iż odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która podlegała ocenie i uzyskała 49,365 punktów, jako trzecia w kolejności po ofercie wybranej. Interes prawny wykonawcy należy badać na dzień składania środka ochrony prawnej. Podnoszony na rozprawie zarzut braku interesu prawnego wykonawcy, opierający się na wyniku rozstrzygnięcia odwołania rozpatrywanego łącznie z przedmiotowym odwołaniem, nie mógł

się ostać. Wykazanie się interesem prawnym jest materialno prawną przesłanką, której brak spełnienia skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów. Oceny interesu prawnego wykonawcy należy dokonać w oderwaniu od zarzutów podnoszonych względem odwołującego, których rozpoznanie warunkowane jest stwierdzeniem wypełnienia przesłanki dla skutecznego wniesienia odwołania.

W dalszej kolejności skład orzekający potwierdza, iż odwołanie pomimo, że nie powtarza argumentów i zarzutów opisanych w proteście, wniesione zostało w zakresie odpowiadającym zarzutom podniesionym w proteście. Odwołujący wyraźnie na stronie 3 odwołania wskazał, iż w pełnej rozciągłości podtrzymuje argumentację przedstawioną w proteście stanowiącym załącznik nr 1, jako integralna część odwołania. Wykonawca przytoczył zarzuty i żądania protestu, które zostały przez zamawiającego oddalone, a następnie uzupełnił dotychczasową argumentację w zakresie zarzutu braku wniesienia wadium przez konsorcjum Naprzód. Na tej podstawie Izba uznała, iż rozpoznaniu podlegają wszystkie zarzuty wskazane w proteście.

W zakresie zarzutu złożenia przez konsorcjum Naprzód oferty zawierającej rażąco niską cenę, skład orzekający uznał, iż odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających stawiany zarzut. Poza twierdzeniami odwołującego, w których odwołuje się on do własnego doświadczenia w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia, nie przedstawił on żadnego dowodu na fakt niedozwolonego zaniżenia ceny przez wybranego wykonawcę. W dalszej kolejności, odwołujący stwierdził, iż zamawiający winien powziąć wątpliwość co do sposobu obliczenia ceny i wezwać wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy do złożenia wyjaśnień. W tym zakresie, skład orzekający Izby uznał, iż odwołując w żaden sposób poza własnym stwierdzeniem nie udowodnił wystąpienia okoliczności, które powinny skłonić zamawiającego do powzięcia wątpliwości i wypełnienia procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Na podstawie porównania ceny zaoferowanej przez konsorcjum Naprzód z wartością zamówienia oszacowaną przez zamawiającego, jak i z ofertą odwołującego, skład orzekający stwierdził, iż występująca różnica nie uzasadniała podejrzania co do możliwości złożenia oferty z ceną niewiarygodną oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Na tej podstawie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp należało oddalić.

Skład orzekający nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Naprzód na tej podstawie, iż nie zawiązano konsorcjum na podstawie umowy załączonej do oferty.

W toku rozprawy, odwołujący stwierdził, iż fakt zawarcia umowy konsorcjum pomiędzy osobą prawną oraz umową spółki cywilnej oznacza, iż umowa taka nie została zawiązana, a tym

samym oferta nie została złożona przez konsorcjum i na tej podstawie oferta winna być odrzucona, jako niebyła.

Skład orzekający potwierdził na podstawie oferty złożonej w postępowaniu, iż została ona złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia, tj. Spółdzielnię Inwalidów Naprzód oraz przedsiębiorców Adama Gołygowskiego, Zbigniewa Gołygowskiego i Marka Kalickiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Kontener” s.c. z siedzibą w Krakowie. Wskazuje na to w sposób niepodważalny treść samej oferty (formularza cenowego), jak i całość załączonych dokumentów i oświadczeń. Dla skutecznego złożenia oferty przez wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia, ustawa prawo zamówień publiczny nie przewiduje, żadnych dodatkowych formalności, oprócz konieczności ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 ustawy pzp). Stosowne pełnomocnictwo udzielone w dniu 25 lutego 2009 r. znajduje się na 46 stronie oferty (umowa konsorcjum), w którym umocowania do reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego udzielono liderowi konsorcjum - Spółdzielni Inwalidów Naprzód. Na tej podstawie należało uznać, iż oferta została złożona prawidłowo, a na tą ocenę nie ma wpływu treść załączonej umowy konsorcjum. Zamawiający nie miał obowiązku analizowania postanowień umowy, która nie stanowi treści oferty, a jedynie potwierdza fakt złożenia oferty wspólnej. Sam sposób oznaczenia strony umowy, jako Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Kontener” s.c., nie oznacza, iż zawarto umowę z podmiotem nie posiadającym zdolność kontraktowej. Zdolność taką posiadają wspólnicy spółki cywilnej, którzy złożyli oświadczenie o zawiązaniu konsorcjum ze Spółdzielnią Inwalidów Naprzód. Na tej podstawie nie znalazło uznania twierdzenie odwołującego, iż oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego załączona do oferty gwarancja bankowa o numerze 16/2009/05 wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Radomsku z dnia 5 marca 2009 roku, zabezpiecza ofertę z tytułu wadium złożoną przez konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Treść gwarancji potwierdza bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie banku do zapłaty na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. L. Rydygiera w Krakowie należności do kwoty 500.000 zł. z tytułu zobowiązań należnych od „Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z siedzibą 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46, REGON: 000453204 / Lider Konsorcjum/ oraz Przedsiębiorstwu Wielobranżowemu „Kontener” S.C. Z siedzibą 30-243 Kraków, ul. Zagrodzie 25 32, REGON: 357229996 /Partner Konsorcjum/, zwanych dalej „Zleceniodawcą”. W ocenie odwołującego gwarancja ta nie zabezpiecza roszczeń zamawiającego względem oferty konsorcjum Naprzód, gdyż bank nie ponosi odpowiedzialności za współników spółki cywilnej wskazanej w treści gwarancji. Izba uznała,

iż stanowisko to jest zbyt daleko idące. Skład orzekający uznał, iż sposób oznaczenia „Zleceniodawcy” nie pozbawia zamawiającego prawa do skutecznego żądania zapłaty należności przez bank z tytułu zabezpieczenia wadium wniesionego w przedmiotowym postępowaniu. Bank w sposób nieodwołalny przyjął na siebie zobowiązanie za Lidera Konsorcjum oraz Partnera Konsorcjum zawiązanego w celu złożenia oferty w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Podnoszona przez odwołującego okoliczność możliwości zmiany stron umowy spółki cywilnej, jako uzasadniająca brak skuteczności złożonej gwarancji bankowej, w ocenie składu orzekającego pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości złożonego wadium. Gwarancja bankowa jest bezwarunkowym zobowiązaniem banku, który na każde żądanie zamawiającego, prawidłowo wskazanego w treści gwarancji, do zapłaty kwoty z tytułu wadium zabezpieczającego ofertę. W przypadku zmiany wspólników spółki cywilnej, zamawiający nie mógłby zawrzeć umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co wypełniałoby jedną z przesłanek zatrzymania wadium przez zamawiającego (art. 46 ust. 5 ustawy pzp). Nie ma przy tym znaczenia, po stronie którego z członków konsorcjum okoliczność ta by wystąpiła, gdyż w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy (art. 23 ust. 3 ustawy pzp.). W ocenie Izby wątpliwość wynikające z oznaczenia w treści gwarancji Partnera Konsorcjum zostały rozwiązane na podstawie przedłożonego na rozprawie zaświadczenia o numerze identyfikacyjnym REGON: 357229996, podanego w gwarancji przy oznaczeniu Partnera Konsorcjum. Potwierdza ono, że w Krajowym Rejestrze Urzędowym Podmiotów Gospodarki Narodowej wskazany numer otrzymała jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej o nazwie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Kontener” s.c. Adam Gołygowski, Zbigniew Gołygowski, Marek Kalicki. Zgodnie z art. 42 ust. 10 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. Nr 88, poz. 439, z późn. zm.), wpis do rejestru podmiotów następuje po zakodowaniu cech podmiotu wymienionych w ustępie 3, według obowiązujących standardów klasyfikacyjnych, z jednoczesnym nadaniem niepowtarzalnego numeru identyfikacyjnego. Oznaczenie Partnera Konsorcjum znajduje zatem potwierdzenie w rejestrze urzędowym podmiotów gospodarki narodowej, a tym samym nie znajduje potwierdzenia stanowisko odwołującego, iż gwarancja nie dotyczy podmiotów, które złożyły wspólną ofertę.

W dalszej kolejności skład orzekający stwierdził, iż wykonawca nie był zobowiązany do przedstawienia w ofercie zobowiązania podwykonawcy do udostępnienia niezbędnego potencjału do wykonania zamówienia. Odwołujący w sposób wadliwy wywiódł z oświadczenia wykonawcy o zamiarze wykonania części zamówienia z udziałem podwykonawcy (str. 6 oferty), obowiązek przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, który wynika z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Powołany przepis art. 22 ustawy

pzp dotyczy kwestii zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a więc oceny warunku udziału w postępowaniu, gdzie ustawodawca przewidział możliwość posiłkowania się potencjałem innych podmiotów w celu zwiększenia dostępności do zamówienia wykonawcom, którzy w chwili trwania postępowania nie dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ale wykażą się takim potencjałem przy realizacji zamówienia. Oceny warunku dokonuje się na podstawie oświadczeń wykonawcy lub dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 200r . w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3a i 5a rozporządzenia, wykonawcy składają stosowne zobowiązanie innych podmiotów, jeżeli w żądanym przez zamawiającego wykazie przedstawi narzędzia i urządzenia lub osoby, którymi będzie dysponował. Zamawiający w siwz, w pkt VII ppkt 1.1 lit. a nie wymagał złożenia wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, czy też wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca. Tym samym wykonawcy nie byli zobowiązani składać pisemnych zobowiązań innych podmiotów narzędzi i urządzeń, czy też osób zdolnych do wykonania zamówienia. Skoro zamawiający nie żądał złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, to tym bardziej nie można żądać ich uzupełnienia. Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, iż odwołujący w sposób nieprawidłowy odnosi podwykonawstwo do potencjału wykonawcy. Oparcie wykonania zamówienia publicznego na zasobach osób podmiotów trzecich nie należy utożsamiać z podwykonawstwem zamówienia publicznego (stanowisko to jest zgodne ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych przedstawionym publikacji poświęconej omówieniu zmian w przepisach ustawy pzp: „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.”, Warszawa 2008, str. 115).

Skład orzekający nie uznał również za zasadny zarzut dotyczący braku polisy ubezpieczeniowej partnera konsorcjum wraz ze zgłoszonym żądaniem nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia polisy OC. Zamawiający żądał w pkt VII ppkt 1.2 lit. c siwz przedłożenia polisy ubezpieczeniowej lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej zarówno deliktowej jak i kontraktowej w zakresie prowadzonej działalności minimum na kwotę 1.000.000 zł (suma gwarancyjna). Dokumenty te miały służyć ocenie spełnienia warunku określonego w pkt VI.1 lit. c siwz, dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

W ofercie konsorcjum Naprzód złożyło polisę nr 904320034453 ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia przez Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie na sumę ubezpieczenia 6.000.000 zł. (str. 13, 14 i 15 oferty). Skład orzekający uznał, iż załączona polisa potwierdza spełnienie

warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Skoro polisa ma służyć ocenie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzać ubezpieczenie przedmiotu zamówienia, to sposób oceny spełnienia warunku należy dokonać w odniesieniu do wszystkich wykonawców w postępowaniu na tych samych zasadach. Przyjęcie stanowiska odwołującego prowadziłoby do nałożenia na wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia wyższych wymagań, co do ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdyż łączna wartość sum gwarancyjnych musiałaby być wielokrotnością kwoty ustalonej przez zamawiającego. Skoro zamawiający oczekiwał potwierdzenia ubezpieczenia na wymaganą sumę gwarancyjną, to jej potwierdzenie przez jednego z konsorcjantów jest wystarczające w odniesieniu do całego konsorcjum, którego potencjał należy sumować.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła odwołującego.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*