

Sygn. akt: KIO/UZP 293/08

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Anna Packo
Marek Koleśnikow

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w ~~dniach~~ 16 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „EKOBUD” Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Przemysłowa 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta, 11-200 Bartoszyce, ul. Bohaterów Monte Cassino 1** protestu / ~~protestów~~ z dnia 18 marca 2008 r.

przy udziale wykonawcy: **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane Jerzy Piworowicz 11-200 Bartoszyce, ul. Marksa 10B (Lider Konsorcjum), Zakład Usługowy „Elbart” Stefan Kozłowski, 11-200 Bartoszyce, ul. Warszawska 1/3, Firma Handlowo-Usługowa „Pro-bart” Mirosław Mężyński, 11-200 Bartoszyce, ul. Krzywa 5** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „EKOBUD” Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Przemysłowa 8** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „EKOBUD” Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Przemysłowa 8**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie:XXX) przez .XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „EKOBUD” Sp. z o.o., 14-100 Ostróda, ul. Przemysłowa 8.**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia Zamawiającego w sprawie oddalenia protestu z dnia 18 marca 2008 r. wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane polegające na rozbudowie i remoncie budynków zespołu szkół, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust.12 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 23 ust. 2 i wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stwierdził, że wybrany wykonawca złożył ofertę jako trzy podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie. Do oferty nie załączono pełnomocnictwa podmiotów uczestniczących w wykonaniu zamówienia, tj. nie spełniono wymogu z art. 23 ust. 2 ustawy i pkt 10 ppkt 4 siwz stanowiącego, że jeżeli upoważnienie do podpisywania oferty nie wynika ze złożonych dokumentów, do oferty powinno być załączone pisemne pełnomocnictwo do podpisywania oferty”. Brak pełnomocnictwa powoduje, że oferta podpisana przez jednego z wykonawców

jest nieważna. Brak taki nie może być również uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż rozporządzenie wykonawcze zawiera zamknięty katalog oświadczeń i dokumentów, wśród których nie wymienia się pełnomocnictwa określonego w art. 23 ust. 2 ustawy. Wskazany brak oferty stanowi, w ocenie Odwołującego, przesłankę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wskazał, że gwarancja ubezpieczeniowa mająca stanowić wadium została wystawiona tylko na jeden z podmiotów, uczestników konsorcjum, a dokument wadium nie wskazuje na odpowiedzialność wykonawcy jako konsorcjum, a wyłącznie jednego z członków. W tym stanie wykonawca winien być wykluczony, a jego oferta odrzucona zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, gdyż oferta nie jest zabezpieczona wadium w odniesieniu do wszystkich członków konsorcjum.

Odwołujący wskazał również, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu przetargowym z godnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy i pkt 6 ppkt 3a siwz przez brak potwierdzenia, że wskazane roboty o wymaganej minimalnej kwocie zostały wykonane należycie. Załączone referencje nie spełniają wymogów siwz i nie mogą być uzupełnione, co powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Kolejnym zarzutem do treści wybranej oferty jest stwierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści siwz – pkt 6 ppkt 12, w zakresie wymogu załączenia do oferty harmonogramu zawierającego elementy robót, wartość elementu i układ produkcji w układzie miesięcznym. Warunku takiego nie spełnia harmonogram wybranego wykonawcy, który złożył harmonogram tylko w formie opisowej.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum firm, wykluczenie i odrzucenie oferty wybranego wykonawcy, powtórzenie czynności oceny ofert i ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się zarzutów stwierdził, że jak wynika z dokumentów złożonych przez Konsorcjum, w jego skład wchodzi trzech wykonawców prowadzących działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Z treści złożonych dokumentów wynika, że druk oferty został podpisany przez wszystkich wykonawców. Gwarancję ubezpieczeniową dostarczoną przez konsorcjum Zamawiający uznał za prawidłową, gdyż w dokumencie tym zostało poprawnie określone zadanie, któremu ma ona służyć („Rozbudowa i remont budynków Zespołu Szkół nr 1 w Bartoszycach przy ul Traugutta 23”) oraz dokładnie wskazany beneficjent – Urząd Miasta Bartoszyce. Gwarancja została wystawiona na wymaganą kwotę i obowiązuje na wymagany okres związania ofertą. Zamawiający potwierdził przy tym, że zgadza się z Odwołującym, iż wadium może być wniesione przez jednego z wykonawców w wypadku, gdy ubiegają się oni wspólnie o udzielnie zamówienia. Odnosząc się do zarzutu naruszenie warunku pkt 6 ppkt 3 siwz dot. wykazania minimum 1 roboty zgodnej z przedmiotem zamówienia o wartości nie

mniejszej niż 1 mln zł Zamawiający podał, że konsorcjum wskazało wykonanie remontu internatu Zespołu Szkół Odzieżowych, co spełnia oczekiwania Zamawiającego, a załączone referencje potwierdzają należyte wykonanie prac.

Również zarzuty do treści harmonogramu rzeczowo-finansowego załączonego do konkurencyjnej oferty Zamawiający uznał za nieuzasadnione.

Przystępujący do odwołania po stronie Zamawiającego wykonawcy zgłaszający przystąpienie jako konsorcjum firm wnieśli o oddalenie odwołania w całości, zarzucając Odwołującemu, że narusza on zasady uczciwości i szacunku do innych wykonawców oraz wybiórczo i tendencyjnie przytacza fakty, najczęściej wyrwane z całości tekstów, stawiając innych w niekorzystnym świetle. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez trzech wykonawców, a ponadto została załączona umowa konsorcjum z dnia 29.02.2008 r., w której strony ustanawiają Lidera w osobie Pana Jerzego Piworowicza i udzielają mu upoważnienia do ustanowienia pełnomocnictwa w zakresie reprezentacji konsorcjum w przypadku korzystania ze środków odwoławczych. W złożonym na rozprawie piśmie szczegółowo uzasadnił stanowisko.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, a w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ofertami oraz wysłuchaniu stron i uczestnika ustalił i zważył, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy, tj. niezłączenia prawidłowego pełnomocnictwa do oferty złożonej przez Konsorcjum ubiegające się o zamówienie – skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut ten potwierdził się. Zgodnie z powołanym przepisem ustawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Brzmienie przepisu wskazuje na obowiązek ustanowienia pełnomocnika. W przypadku braku ustanowienia pełnomocnika można zatem mówić o naruszeniu przepisu ustawy, lecz w okolicznościach rozpatrywanej sprawy brak pełnomocnictwa w dacie składania oferty nie oznacza zajścia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 lub 2 ustawy.

Należy uznać, że przedsiębiorcy, którzy złożyli ofertę wspólnie i podpisali ją, nadając ofercie walor pisemności, złożyli wspólną ważną ofertę. Ważność takiej oferty mimo uchybienia treści przepisu art. 23 ust. 2 Pzp potwierdza Jerzy Baehr w komentarzu do ustawy stwierdzając: „Jeżeli wykonawcy działający wspólnie naruszają przepis ust. 2 i nie ustanowią pełnomocnika, wtedy ich działania będą skuteczne pod warunkiem, że każde pismo, oświadczenie, itp. będzie podpisane przez każdego z wykonawców działających wspólnie.” („Prawo zamówień publicznych, Komentarz”, wyd. trzecie, red. T. Czajkowski, W-wa 2007).

Izba podzielając zacytowany pogląd nie wyklucza przy tym uzupełnienia pełnomocnictwa, o ile członkowie konsorcjum zamierzają powierzyć pełnomocnikowi czynności w postępowaniu i postępować zgodnie z przepisem prawa.

Kwestią odrębną jest fakt udzielenia pełnomocnictwa, ale nie przedłożenie (okazanie) go przy dokonywaniu czynności prawnej, w tym m.in. przy złożeniu oferty. Przyznając rację Odwołującemu, iż pełnomocnictwo nie jest dokumentem, o którym jest mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zastosowania w takich okolicznościach nie może znaleźć art. 26 ust. 3 Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt V Ca 85/07) oraz wyrokach Zespołów Arbitrów (znak: UZP/ZO/0-1089/05 oraz UZP/ZO/0-2972/06). Dopuszczalna jest jednak sytuacja uzupełnienia pełnomocnictwa. W opinii prawnej zawartej na stronie internetowej UZP <http://www.uzp.gov.pl/> zawarto pogląd, iż w takich okolicznościach, na podstawie art. 14 ustawy pzp znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. W świetle przepisów tej ustawy nie budzi wątpliwości, iż strony stosunku cywilnoprawnego mogą żądać od swych kontrahentów dokumentów niezbędnych do zapewnienia pewności i bezpieczeństwa obrotu cywilnoprawnego. Należy do nich zaliczyć m.in. dokument pełnomocnictwa.

Odnosnie zarzutu dotyczącego dołączonej do oferty gwarancji ubezpieczeniowej dostarczonej przez konsorcjum, Izba stwierdziła, że Zleceniodawcą gwarancji ubezpieczeniowej istotnie jest jeden z uczestników konsorcjum, a pozostali wykonawcy nie zostali wymienieni w dokumencie gwarancji zapłaty wadium. Należy również wskazać, że zadanie, w związku z którym została złożona oferta i załączona gwarancja wadium, jest w dokumencie wystawionym przez gwaranta – ubezpieczyciela określone jednoznacznie jako „Rozbudowa i remont budynków Zespołu Szkół nr 1 w Bartoszycach przy ul Traugutta 23”. Również dokładnie został wskazany beneficjent – Urząd Miasta Bartoszyce. Gwarancja została wystawiona na wymaganą kwotę i obowiązuje przez wymagany okres związania ofertą. Uznając, że dokument gwarancji jednoznacznie dotyczy konkretnego postępowania, a zleceniodawca jest członkiem konsorcjum, które złożyło w tym postępowaniu ofertę, skład orzekający nie znalazł podstaw do wykluczenia konsorcjum z postępowania z powodu niewniesienia wadium, skoro wadium skutecznie zabezpieczające ofertę zostało wniesione. Analizując zarzut uchybienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6 ppkt 3a siwz, w którym Zamawiający żądał wykazu wykonanych robót budowlanych o określonej wartości minimalnej z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie, skład orzekający Izby stwierdził, że do oferty konsorcjum załączony został wykaz robót, z których jedna spełnia wyżej powołany warunek specyfikacji. Jednocześnie wykonawca złożył referencje wystawione przez inwestora czterech z pięciu robót podanych w wykazie, którym jest Zamawiający, w tym robót spełniających warunki siwz w przedmiotowym postępowaniu. Referencje dotyczyły okresu wykonywania prac oraz

zawierały łączną kwotę z potwierdzeniem należytego wykonania. Informacja nie określała konkretnych prac, lecz wykonawca potwierdził, że odnosi się do podanych w wykazie. Izba uznała to potwierdzenie za wiarygodne, co oznacza że zarzut w tym zakresie jest nieuzasadniony. Należy przy tym stwierdzić, że treść i forma sporządzanych przez zamawiających (inwestorów) dokumentów potwierdzających wykonanie na ich rzecz określonych zadań nie jest sformalizowana. Nie istnieje nawet utrwalony zwyczaj w tym zakresie, w tym również wymóg by list referencyjny odnosił się do jednego konkretnego przedsięwzięcia.

W pkt 10. 19. 10 siwz Zamawiający wymagał złożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego zwanego harmonogramem realizacji inwestycji przygotowanego według załącznika nr 9 do siwz, a pkt 6. 12 ponowił żądanie złożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego stwierdzając, że harmonogram, przed zawarciem umowy wymaga uzgodnienia z Zamawiającym w związku z koniecznością etapowania zadania ze względu na konieczność zachowania ciągłości pracy remontowanej szkoły. Wzór harmonogramu stanowiący załącznik do siwz zawiera poza tytułem i nazwą przedmiotu zamówienia tabelę z kolumnami: liczba porządkowa, elementy robót, wartość elementu rozliczeniowego oraz okres realizacji inwestycji w rozbiciu na lata 2008 i 2009 oraz kolejne miesiące począwszy od stycznia 2008 r. do sierpnia 2009 r.

Dokument złożony przez przystępującego do odwołania, nazwany harmonogramem realizacji inwestycji sporządzony został w formie tekstowej, a nie tabelarycznej. W treści dokonano podziału prac na dwie części wskazując dla każdej z nich zakres prac, termin realizacji przez wskazanie liczby miesięcy, początku i końca realizacji części oraz wartości i płatności robót.

W ocenie Izby przyjęcie odmiennej od wzoru formy harmonogramu nie ma w sprawie znaczenia. Jednocześnie stwierdzić należy, że Zamawiający nie określił żądanego stopnia szczegółowości elementów robót i rozliczeniowych pozostawiając tym samym wykonawcom w tym zakresie dowolność. Oczywiście jest, że przewidziany przez Wykonawcę podział prac stanowiących przedmiot całego zamówienia na 2 części i po 14 etapów bez sprecyzowania zakresu rzeczowego tych etapów jest harmonogramem o dużym stopniu ogólności, jednakże okoliczność ta nie odbiera dokumentowi charakteru harmonogramu rzeczowo-finansowego, zwłaszcza że poza opisanym wyżej wzorem dokumentu Zamawiający nie określił znaczenia, jakie nadał określeniu „element robót”.

Dokonane przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalenia prowadzą, w świetle powyższego do rozstrzygnięcia jak w pkt 1 niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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/~~postanowienie~~* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*