

Sygn. akt KIO 1511/10

WYROK
z dnia 30 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 lipca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: „POL-DRÓG Człuchów” Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: 77-300 Człuchów, ul. Kasztanowa 2), „PRD POL-DRÓG Nowogard” S.A., „Energopol – Szczecin” S.A., „PBI KORNAS” Sp. z o.o.**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Kołobrzeg, 78-100 Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Firma Budowlano-Drogowa MTM S. A. (pełnomocnik; adres: ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia), Przedsiębiorstwo Drogowo- Mostowe Sp. z o. o.** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: „POL-DRÓG Człuchów” Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: 77-300 Człuchów, ul. Kasztanowa 2), „PRD POL-DRÓG Nowogard” S.A., „Energopol – Szczecin” S.A., „PBI KORNAS” Sp. z o.o., i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez**

**wykonawców wspólnie ubiegających się u udzielenie zamówienia publicznego:
„POL-DRÓG Człuchów” Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: 77-300 Człuchów,
ul. Kasztanowa 2), „PRD POL-DRÓG Nowogard” S.A., „Energopol – Szczecin”
S.A., „PBI KORNAS” Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie.**

Przewodniczący:

.....

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

I. Gmina Miasto Kołobrzeg, 78-100 Kołobrzeg, ul. Ratuszowa 13 (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Poprawa dostępności do portu Kołobrzeg od strony lądu (drogi i kolei) - Etap II".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2010/S77-114533z dnia 21.04.2010 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2009 r., Dz. U. Nr 223, poz. 1778; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 19.07.2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: „POL-DRÓG Człuchów” Sp. z o.o. (pełnomocnik; adres: 77-300 Człuchów, ul. Kasztanowa 2), „PRD POL-DRÓG Nowogard” S.A., „Energopol – Szczecin” S.A., „PBI KORNAS” Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Firma Budowlano-Drogowa MTM S. A. (pełnomocnik; adres: ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia), Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o. o., którzy następnie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej: Konsorcjum, Przystępujący).

W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, względnie Konsorcjum powinno zostać wezwane do uzupełnienia oferty o polisę OC opiekującą na dodatkową sumę ubezpieczeniową 3 mln zł, a w razie braku uzupełnienia w powyższym zakresie - wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, zaś jego oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Do oferty Przystępującego dołączono bowiem kilka

polis OC sumujących się do wymaganej przez Zamawiającego sumy ubezpieczenia, jednak jedna z nich obejmuje okres ubezpieczenia zbyt krótki – 20 dni, stąd Odwołujący wnosi, że została ona załączona jedynie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w rzeczywistości nie potwierdza kondycji finansowej Konsorcjum, rozumianej jako trwałość właściwość. Ponadto do oferty Konsorcjum dołączono dokument, który został potwierdzony przez pełnomocnika Konsorcjum, a nie przez wykonawcę, od którego pochodzi.

Zamawiający nie zgodził się z postawionymi zarzutami i wniósł o oddalenie odwołania.

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

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, bowiem w razie potwierdzenia się zarzutów, jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, jednak odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt V ust. 2 lit. e SIWZ, warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie niższą niż 12 mln zł.

Do oferty Konsorcjum załączono kilka polis ubezpieczeniowych uczestników Konsorcjum, łącznie składających się na sumę ubezpieczenia wymaganą przez Zamawiającego (możliwość łącznego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu była niesporna), m.in. dokument, który wskazuje, że Firma Budowlano-Drogowej MTM S.A. jest ubezpieczona na wysokość 8 mln zł, w okresie od 11 czerwca do 30 czerwca 2010 r.

W ocenie Odwołującego, tak krótki okres ubezpieczenia jednoznacznie sugeruje, że Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. podwyższyła kwotę swojego ubezpieczenia jedynie na okres 20 dni i nie ma zamiaru utrzymywania tego poziomu w późniejszym okresie, w tym w czasie wykonywania zamówienia, a zatem złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jako zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i zasadami współżycia społecznego. Tymczasem Odwołujący, jak twierdzi, w sposób lojalny i uczciwy będzie spełniać powyższy wymóg przez cały czas ewentualnego wykonywania przez Odwołującego zamówienia, co oczywiście wiąże się z dodatkowymi kosztami.

Konsorcjum na rozprawie przedłożyło polisę ubezpieczeniową na kolejne 30 dni (do 31 lipca 2010 r.), i jak oświadczyło, uprzednio (przed wniesieniem odwołania) złożyło ją również

Zamawiającemu. Zamawiający na rozprawie zauważył (czemu Odwołujący nie zaprzeczył), że okres obowiązywania polisy ubezpieczeniowej Odwołującego upływa 29 lipca 2010 r.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że nie można stwierdzić, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez Konsorcjum. Oczywiście jest, że każdy z wykonawców składających ofertę ma zamiar potwierdzić w dokumentach do niej załączonych, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wymogiem Zamawiającego było posiadanie polisy ubezpieczeniowej na kwotę 12 mln zł – i Konsorcjum przedłożyło polisy na sumę ubezpieczenia łącznie takiej wysokości. Posiadanie polisy ubezpieczeniowej o określonej wysokości należy wykazać na dzień składania ofert (art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych). Brak w ustawie wskazówek co do „okresu trwania” spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia OC – jeżeli ustawodawca chciał taki okres ważności dokumentów wskazać, uczynił to w przepisach rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (przykładowo, wskazano okres ważności zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, okres brany pod uwagę przy wykazywaniu się wykonanymi pracami, okres, w którym może być wystawiona informacja banku o wielkości posiadanych środków/zdolności kredytowej). Ustawodawca nie określił, że „opłacona polisa” (§ 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia) powinna obejmować okresem trwania cały okres związania ofertą czy realizacji zamówienia bądź okres poprzedzający termin otwarcia ofert. Zamawiający również takich wymogów nie zawarł w SIWZ (i wątpliwe jest, czy w obecnym stanie prawnym takie ewentualne wymogi SIWZ byłyby zgodne z przepisami – zasadniczo przyjmuje się, że nie można rozszerzać wymogów odnośnie dokumentów dotyczących warunków udziału w postępowaniu ponad wynikające z przepisów). Oczekiwanie Odwołującego, że polisa OC składana jako dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu powinna obejmować cały okres realizacji zamówienia wynika z braku rozróżnienia pomiędzy okolicznościami mającymi potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a obowiązkami wynikającymi z umowy na realizację przedmiotu zamówienia. Jeżeli zamiarem Zamawiającego byłoby nałożenie na przyszłego wykonawcy umowy obowiązku posiadania polisy ubezpieczeniowej określonej wartości w trakcie realizacji umowy – winno wynikać to z postanowień przyszłej umowy i jedynie na jej podstawie mogłoby być egzekwowane.

Z przepisów również nie wynika, że okres ubezpieczenia powinien obejmować cały okres związania ofertą, jak wydaje się postulować Odwołujący. Polisy odpowiedzialności cywilnej zwykle odnawiane są corocznie, i zdarza się, że okres roczny upływa w trakcie okresu związania ofertą – na co zwrócił uwagę sam Odwołujący, upatrując w takiej

okoliczności argumentu za potwierdzeniem faktu, iż skoro polisa Przystępującego nie obejmowała okresu rocznego, a „jedynie” 20 dni, to intencją Przystępującego było wyłącznie wykazanie się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Jednak jeżeli porówna się w sposób obiektywny okres obowiązywania polis Odwołującego i Przystępującego – wygasają one niemal w tym samym czasie, i nie ma żadnych podstaw, aby oceniać prawdopodobieństwo odnowienia którejkolwiek z nich.

Izba oceniając argumentację Odwołującego uznała, że intencji Przystępującego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie można przypisać ani złej woli, ani sprzeczności z dobrymi obyczajami i prawem: naturalne jest, że wykonawcy zależy na potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu i czyni to wszystkimi dostępnymi prawem środkami. Prawo nie nakazuje objęcia okresem ubezpieczenia konkretnego okresu istotnego dla postępowania i nie zakazuje zawarcia umowy ubezpieczenia na okres krótszy niż rok.

Reasumując, nie można w ocenie Izby uznać, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący również wskazywał, że kopia polisy OC wystawionej na rzecz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o. na kwotę 3 mln zł wbrew postanowieniom § 6 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zostało poświadczona za zgodność z oryginałem nie przez spółkę, której dotyczy, tj. Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowe Sp. z o.o., ale przez pełnomocnika Konsorcjum - Firmę Budowlano-Drogową MTM S.A. Odwołujący podnosił, że potwierdzenie za zgodność z oryginałem jest oświadczeniem wiedzy, a nie woli, dlatego nie można do jego złożenia upoważnić. Podkreślał, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma zastosowania przepis art. 129 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, który pozwala na poświadczenie kopii dokumentu za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika procesowego, ponieważ zgodnie z art. 1 kodeksu postępowania cywilnego kodeks ten, co do zasady, stosuje się jedynie w postępowaniu sądowym. Powoływał się również na uzasadnienie projektu rozporządzenia.

Stan faktyczny w tej kwestii nie był sporny – jeden z dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum został potwierdzony nie bezpośrednio przez wykonawcę, od którego „pochodził”, a przez upoważnionego pełnomocnika Konsorcjum. We własnej ofercie Odwołujący (również występujący wspólnie, jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tzw. „konsorcjum”) stosował taką samą metodę potwierdzania za zgodność z oryginałem, tj. przez pełnomocnika

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie przez poszczególnych wykonawców.

Taki sposób potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest zgodne z powszechnie przyjętym zwyczajem i Izba musiała ocenić, czy zwyczaj ten jest zgodny z obowiązującym rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zgodnie z § 6 ust. 2 tego rozporządzenia, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty, co zgodnie z uzasadnieniem projektu rozporządzenia przekazany Radzie Ministrów 18 grudnia 2009 r. (<http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/legislacja/projekty-aktow-normatywnych/reorganizacja-strony-12-01.10-1/dokumenty/rozp-dokumenty-%20na%20KRM-18.12.09.pdf>), na które to uzasadnienie zapewne powoływał się Odwołujący) miałyby „przyczynić się do udzielania rzetelnych informacji oraz do tego, aby dokumenty były jak najbardziej wiarygodne.”

W ocenie Izby, ani z brzmienia przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia, ani z jego uzasadnienia (które jednakże źródłem prawa nie jest, jedynie mogłoby w przypadku wątpliwości wskazywać kierunki interpretacyjne) nie wynika, że uprawnienia do potwierdzania za zgodność z oryginałem nie można przekazać innemu podmiotowi. Sam Odwołujący przywołuje przepisy kodeksu postępowania cywilnego (których nie stosuje się do postępowania przed Zamawiającym) o przekazywaniu uprawnień do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów. Potwierdzenie za zgodność z oryginałem dokumentu jest bowiem rzeczywiście oświadczeniem wiedzy, ale tego rodzaju, że można przekazać uprawnienie do jego złożenia innemu podmiotowi - w postępowaniu przed Zamawiającym: pełnomocnikowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Jeżeli upoważniony przedstawiciel konsorcjantów zapoznał się z oryginalnym dokumentem i potwierdził zgodność z kopii tego dokumentu z oryginałem – takiego działania nie można uznać za czynność sprzeczną z rozporządzeniem, skoro ustawodawca takiej możliwości nie wyłączył. Skoro wykonawca zgodnie z rozporządzeniem ma prawo sam potwierdzić dokument za zgodność z oryginałem, to ma również prawo przekazać uprawnienie do dokonania tej czynności pełnomocnikowi.

Potwierdzenie „za zgodność z oryginałem” przez przedstawiciela konsorcjantów oznacza, że zapoznał on się z oryginałem dokumentu i oświadcza, że załączona do oferty kopia jest zgodna z tym oryginałem.

Należy zauważyć, że wykonawcy, którzy nie występują wspólnie o udzielenie zamówienia, a składają ofertę samodzielnie, również często działają przez pełnomocnika, który potwierdza załączone dokumenty za zgodność z oryginałem. Również zamawiający, przekazując Izbie dokumentację, która powinna być potwierdzona za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, zwykle przekazują ją potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez pracownika zamawiającego, na podstawie stosownego upoważnienia. Zatem przekazywanie uprawnienia do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów jest czynnością powszechną i trudno akurat pełnomocnikowi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odmówić takiego prawa.

Z powyższych względów Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu podnoszonego przez Odwołującego.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....