

Sygn. akt KIO/UZP 200/09

Sygn. akt KIO/UZP 226/09

WYROK
z dnia 6 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Perbo-Projekt Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 4/6, 30-336 Kraków;

B. BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38 lok. 802a, 00-355 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Zabrze, reprezentowana przez Prezydenta Miasta, Urząd Miejski w Zabrzu, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze** protestów z dnia 6 i 9 lutego 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża Perbo-Projekt Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 4/6, 30-336 Kraków i BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38 lok. 802a, 00-355 Warszawa 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Perbo-Projekt Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 4/6, 30-336 Kraków**
 - B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38 lok. 802a, 00-355 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 871 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty **1 935 zł 50 gr** (słownie: jeden tysiąc dziewięćset trzydzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Perbo-Projekt Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 4/6, 30-336 Kraków** na rzecz **Gminy Zabrze, reprezentowanej przez Prezydenta Miasta, Urząd Miejski w Zabrzu, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu,
 - B** kwoty **1 935 zł 50 gr** (słownie: jeden tysiąc dziewięćset trzydzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) przez **BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38 lok. 802a, 00-355 Warszawa** na rzecz **Gminy Zabrze, reprezentowanej przez Prezydenta Miasta, Urząd Miejski w Zabrzu, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Perbo-Projekt Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 4/6, 30-336 Kraków,**
 - B** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **BeMM Architekci Sp. z o.o., ul. Tamka 38 lok. 802a, 00-355 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację stadionu im. Ernesta Pohla - opracowanie dokumentacji projektowej przebudowy Stadionu Miejskiego im. Ernesta Pohla w Zabrze”, którego dotyczą odwołania wniesione przez Perbo-Projekt Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (dalej: „Perbo” lub „Odwołujący”) oraz BeMM Architekci Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej: „BeMM” lub „Odwołujący”), zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 18 listopada 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 224 - 298426). Postępowanie to prowadzi Gmina Zabrze, zwana dalej: „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”.

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie GMT Sp. z o.o. (lider Konsorcjum), Karpla Konsulting Sp. z o.o. i ZRB Sarbud S.C. z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Mysłowicach (dalej: „Konsorcjum GMT”). Informację o tym Zamawiający przekazał wszystkim wykonawcom w piśmie z dnia 29 stycznia 2009 r. (doręczenie Odwołującemu Perbo w dniu 30 stycznia 2009 r. a Odwołującemu BeMM – w dniu 29 stycznia 2009 r.). W piśmie tym Zamawiający poinformował również wykonawców m.in. o wykluczeniu wykonawcy Perbo i wykonawcy BeMM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy i uznaniu ich ofert za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

W związku z podjętym rozstrzygnięciem postępowania Odwołujący Perbo oraz BeMM złożyli do Zamawiającego swoje protesty odpowiednio Perbo w piśmie z dnia 6 lutego 2009 r. z datą wpływu do Zamawiającego w dniu 9 lutego 2009 r., a BeMM w dniu 9 lutego 2009 r. (pismo z tej samej daty).

I. Sprawa KIO/UZP 200/09

Odwołujący Perbo w swoim proteście wskazał na następujące naruszenia:

- 1) dokonanie wyboru oferty Konsorcjum GMT jako najkorzystniejszej pomimo faktu niespełnienia wymagań określonych w SIWZ:
 - pkt 10.1, pkt 14.1.4) w związku z art. 23 ust. 2 ustawy poprzez nie dołączenie do oferty jak również nieuzupełnienie oferty o pełnomocnictwo dla Pana Tomasza Pilcha, udzielonego przez spółkę GMT Sp. z o.o.,

- pkt 19.1, 19.2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie zmiany przedłożonej oferty w zakresie listy osób wykazanych do projektowania,
 - pkt 35 w związku z art. 27 ustawy poprzez przesłanie wyjaśnień i uzupełnień dokumentów w formie elektronicznej, a nie jak wymagał tego Zamawiający
- 2) nie wykluczenie w trybie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy oferty przedłożonej przez Konsorcjum GMT,
 - 3) nie odrzucenie w trybie art. 24 ust. 4 ustawy oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania,
 - 4) nie dokonanie unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy wobec braku oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący Perbo wskazał, że oferta Konsorcjum GMT powinna zostać odrzucona ponieważ została podpisana jest przez osobę nie posiadającą umocowania do podpisywania oferty w imieniu jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. spółki GMT Sp. z o.o. Do oferty Konsorcjum GMT załączono uchwałę nr 1/1/09 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki GMT z dnia 1 stycznia 2009 r. w sprawie zaciągnięcia zobowiązania do świadczenia o wartości dwukrotnie przewyższającej wartość kapitału zakładowego, w której Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników udzieliło zgody Tomaszowi P. na podpisywanie przez firmę GMT Sp. z o.o. konsorcjum z firmami Karpla Sp. z o.o. i ZRB SARBUD S.C., ze wskazaniem, że umowa ta dotyczy złożenia przez konsorcjum oferty na przedmiotowe postępowanie. Odwołujący wskazał, że do oferty Konsorcjum GMT dołączone zostały dwa pełnomocnictwa dla Pana Tomasza P. – jedno do reprezentacji Karpla Sp. z o.o. i drugie do reprezentacji w imieniu ZRB SARBUD S.C. W ofercie natomiast brakuje stosownego upoważnienia dla Pana Tomasza P. od spółki GMT. W ocenie Odwołującego fakt, iż Pan Tomasz P. jest członkiem zarządu GMT Sp. z o.o. nie świadczy o tym, że posiada uprawnienie do podpisywania w imieniu spółki GMT oferty oraz reprezentowania jej w postępowaniu przetargowym jako jej pełnomocnik ustanowiony w trybie art. 23 ust. 2 ustawy. W ocenie Odwołującego Perbo załączona do oferty uchwała Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników nie może być uznana za skuteczne pełnomocnictwo, ponieważ uchwałę podjęło Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników, a organ ten nie jest uprawniony do udzielenia pełnomocnictw, ponieważ zgodnie z art. 210 § 1 Kodeksu spółek handlowych (dalej: „Ksh”) to Zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę. Z uwagi na wykazanych w odpisie z KRS trzech członków zarządu oraz wskazany sposób jednoosobowej reprezentacji z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że każdy z pozostałych członków zarządu mógł udzielić pełnomocnictwa Panu Tomaszowi P. Ponadto, gdyby nawet przyjąć, że

pełnomocnika można ustanowić w trybie zgodnym z art. 210 Ksh, to Zgromadzenie Wspólników powinno podjąć uchwałę o powołaniu pełnomocnika spółki do zawarcia umowy pomiędzy spółką, a członkiem zarządu a nie do reprezentowania spółki w dokonywaniu innych czynności. Ponadto Odwołujący podniósł, że treść uchwały wskazuje na to, że dotyczy ona upoważnienia dla Pana Tomasza P. tylko i wyłącznie do zawarcia umowy konsorcjum z określonymi firmami i w tym zakresie do dokonania czynności o wartości przekraczającej dwukrotnie wartość kapitału zakładowego spółki. Jest to więc uchwała podjęta w trybie art. 230 Ksh i upoważnienia zarząd do zaciągania zobowiązań dwukrotnie przewyższających kapitał zakładowy, a nie do dokonania innych czynności, w szczególności do reprezentowania spółki jako pełnomocnik.

Odwołujący Perbo wskazał również, że Konsorcjum GMT dokonało niedopuszczalnej w świetle art. 87 ust. 1 ustawy zmiany treści swojej oferty. Zmiana ta dokonała się na skutek udzielonych przez to Konsorcjum wyjaśnień treści oferty co do dokumentu uprawnień Pana Janusza S. i Pana Wojciecha S., jak również informacji na temat wykształcenia Pana Janusza S. Odwołujący podniósł, że do oferty Konsorcjum GMT załączono wykaz osób w wersji roboczej, a więc nie zawierający kompletnej listy osób uczestniczących w zamówieniu. W dołączonym do pisma z dnia 21 stycznia 2009 r. wykazie osób w wersji ostatecznej Konsorcjum to wskazało dwie dodatkowe osoby: Pana Jacka J. (projektant w specjalności instalacji ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych) oraz Pana Ryszarda S. (projektant w specjalności telekomunikacyjnej), które to osoby nie były wskazane w ofercie podstawowej, a tym samym w niedopuszczalny sposób wykonawca ten dokonał zmiany treści swojej oferty.

Odwołujący Perbo podniósł, że Konsorcjum GMT dokonało w sposób niezgodny z wezwaniem Zamawiającego uzupełnienia dokumentów. W wezwaniu z dnia 16 stycznia 2009 r. Zamawiający zażądał, aby złożenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów odbyło się w terminie do dnia 21 stycznia 2009 r. w Biurze Zamówień Publicznych (pok. 303) Urzędu Miejskiego w Zabrze w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (dokumenty) oraz oryginału (wyjaśnienia). Z treści wezwania nie wynikało, że ma tutaj mieć zastosowanie tryb składania oświadczeń określony w art. 27 ustawy, zatem Zamawiający domagał się złożenia osobistego dokumentów lub doręczenia ich do dnia 21 stycznia 2009 r. fizycznie - w oryginale, bądź kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Odwołujący w proteście wskazał, że na skutek przywołanych niezgodności wykonawca – Konsorcjum GMT - powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

W związku powyższym podniósł jednocześnie, że postępowanie powinno zostać unieważnione w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy.

Uwzględniając powyższe Odwołujący Perbo wniósł o:

- 1) unieważnienie dokonanych czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) ponowne zbadanie ofert złożonych przez wykonawców
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum GMT
- 4) unieważnienie przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zamawiający, rozpatrując złożony protest w piśmie z dnia 17 lutego 2009 r. (doręczenie Odwołującemu Perbo w tej samej dacie), oddalił go w całości. W uzasadnieniu oddalenia protestu wskazał, że Odwołujący Perbo nie miał interesu prawnego w złożeniu przedmiotowego protestu, bowiem został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy i nie zaskarżył tej czynności Zamawiającego. Powołując się na dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie oraz utrwalony pogląd doktryny Zamawiający wskazał, że interes prawny w uzyskaniu zamówienia wyraża się w ustaleniu, że w danym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca ma szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Z ostrożności procesowej jednak Zamawiający odniósł się również merytorycznie do podniesionych przez tego wykonawcę zarzutów.

Co do zarzutu braku pełnomocnictwa dla Pana Tomasza P. Zamawiający wskazał, że jeśli pod składaną ofertą nie podpiszą się osoby uprawnione do reprezentacji podmiotu na podstawie odpowiednich dokumentów rejestrowych to winno przedłożyć się odrębne pełnomocnictwo rodzajowe dla osoby składającej podpis pod ofertą. W ofercie Konsorcjum GMT znajdują się dwa odrębne pełnomocnictwa wystawione przez dwie firmy wchodzące w skład Konsorcjum dla Pana Tomasza P. Brak było - w ocenie Zamawiającego - podstaw do przełożenia odrębnego pełnomocnictwa dla Pana Tomasza P. w sytuacji, gdy ten jest członkiem zarządu upoważnionym do samodzielnej reprezentacji spółki GMT. W ocenie Zamawiającego, byłaby to czynność samego z sobą, niedopuszczalna na podstawie przepisów prawa cywilnego. Chybiony - w ocenie Zamawiającego - jest również zarzut dotyczący niemożności ustanowienia pełnomocnika spółki przez zgromadzenie wspólników Organ uchwałodawczy może bowiem podejmować decyzje w sprawach istotnych, w szczególności dokonywać zmian w umowie spółki, w tym także dotyczących zasad reprezentacji spółki. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której zarząd spółki oraz organ uchwałodawczy to te same osoby, a taka sytuacja została już

rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 grudnia 2004 r. (sygn. akt: III PK 50/04), w którym Sąd stwierdził, że jeżeli uprawnienia do reprezentowania spółki mogą uzyskać pełnomocnicy powołani przez wspólników, to nie powinno budzić wątpliwości, że sami wspólnicy mogą w odpowiedniej do tego formie (uchwale) skutecznie bezpośrednio reprezentować spółkę.

Co do zarzutu zmiany treści oferty przez Konsorcjum GMT Zamawiający wskazał, że wzywał tego wykonawcę do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a nie do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Wskazał, że na podstawie przywołanego przepisu Zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełniania dokumentów w każdej z dwóch sytuacji na równi – wtedy, kiedy dokument w ogóle nie został złożony oraz w sytuacji, gdy złożony dokument zawiera błędy. Podniósł, że zgodnie z treścią przepisu, orzecnictwem oraz stanowiskiem doktryny, uzupełnienie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest możliwe również z datą po upływie terminu składania ofert. Istotne w tym przedmiocie jest tylko to, aby wskazany dokument potwierdzał spełnienie warunków na dzień składania ofert. Wbrew zarzutom Odwołującego - w ocenie Zamawiającego - zmiana takiego dokumentu nie stanowi zmiany treści oferty, a wyłącznie dopuszczalne prawem uzupełnienie dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Co do zarzutu uzupełnienia dokumentów przez Konsorcjum GMT bez dopełnienia wymaganej przez Zamawiającego formy Zamawiający odniósł się do zapisów SIWZ, w których - stosownie do art. 27 ustawy - przewidział możliwość kontaktu z wykonawcami za pomocą telefaksu lub drogą elektroniczną, w sytuacji gdy treść pisma w tej formie dotrze do Zamawiającego i niezwłocznie zostanie potwierdzona drogą pisemną. W niniejszej sprawie Konsorcjum GMT złożyło w dacie 21 stycznia 2009 r. (termin wskazany przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełniania dokumentów) dokumenty faksem i w tej samej dacie nadało je drogą pocztową (tutaj doręczenie nastąpiło w dniu 23 stycznia 2009 r.).

W związku z oddaleniem protestu Odwołujący Perbo w piśmie z dnia 19 lutego 2009 r. (data nadania w urzędzie pocztowym operatora publicznego: 20 luty 2009 r.) złożył od niego odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący, co do zasady, podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację z protestu, wskazując dodatkowo na następujące okoliczności:

- 1) Odwołujący Perbo posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania we wskazanym zakresie, a powyższe wynika z zasady prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne zgodnie z prawem, czyli jest to interes prawny sensu

largo. Powołał się w tym przypadku na wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 296/08; KIO/UZP 303/08 oraz wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 538/08, KIO/UZP 543/08.

- 2) W wyniku prowadzonego badania ofert Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, chociaż sam Zamawiający przyznał w ogłoszeniu o wynikach postępowania, że nie wymagał wskazania w ofercie osób przeznaczonych do pełnienia funkcji sprawdzających, gdyż ten obowiązek wynika z ustawy Prawo budowlane. Skoro – w ocenie Odwołującego – wykonawca dostarczył dokumenty, które nie były niezbędne do rozpatrzenia oferty, a według Zamawiającego, stanowiły podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania to winien on być wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W analogicznej sytuacji Konsorcjum GMT nie zostało wykluczone z udziału w postępowaniu, choć wykonawca ten został wezwany do uzupełnienia dokumentów, jednak w wyniku tej czynności zmienił treść ofert, dokonując zmiany w zakresie osób będących projektantami. Tym samym została naruszona przez Zamawiającego zasada równego traktowania wykonawców.
- 3) Co do zarzutu dotyczącego podpisania oferty przez osobę nieupoważnioną Odwołujący dodatkowo w stosunku do argumentacji zawartej w proteście podniósł, że obowiązek ustanowienia pełnomocnika wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie dotyczy wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, w sytuacji gdy pełnomocnikiem tym nie jest jeden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum. Taka sytuacja miała miejsce w ofercie Konsorcjum GMT, gdzie ustanowiono pełnomocnikiem nie spółkę GMT, a pana Tomasza P. – prezesa zarządu tej spółki. Pan Tomasz P. nie jest jako osoba fizyczna jednym z podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum ponieważ tym podmiotem jest spółka GMT.
- 4) Co do zarzutu nieuprawnionego uzupełnienia oferty przez Konsorcjum GMT o wskazanie nowych osób, Odwołujący podniósł dodatkowo, że skutki przywołanych przepisów: art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy są podobne. Podkreślił również, że treścią oferty było przedłożenie przez wykonawców wykazu projektantów, którzy musieli spełniać określone przez Zamawiającego warunki potwierdzone dokumentami, więc w tym zakresie dokonana się zmiana treści oferty.
- 5) Podniósł, że Zamawiający, kierując wezwaniem do uzupełnienia dokumentów do Konsorcjum GMT wskazał jako wymaganą formę udzielenia wyjaśnień

i przedłożenia dokumentów - pisemną, zatem niezłożenie w tej formie w terminie do Zamawiającego wymaganych dokumentów skutkuje szczególnym traktowaniem wykonawcy Konsorcjum GMT przez Zamawiającego, a tym samym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

- 6) Odwołujący podniósł również, że wybrana przez Zamawiającego oferta Konsorcjum GMT nie jest zgodna z SIWZ bowiem nie zostało wykazane przez tego wykonawcę wymagane w SIWZ doświadczenie. Z przedłożonego przez Konsorcjum GMT wykazu usług wynika, że tylko jedna wykazywana usługa wykonana została jako kompleksowa wielobranżowa dokumentacja techniczna budowlana i wykonawcza, ale dotyczy ona sali gimnastycznej przy szkole podstawowej i tym samym nie jest porównywalna z wykonaniem projektu modernizacji stadionu na około 30 000 osób. Pozostałe zaś wykazane usługi nie odnoszą się do wielobranżowego projektu bowiem dotyczą bądź branży instalacyjnej, bądź dokumentacji konstrukcyjnej.
- 7) Odwołujący wskazał również, że Konsorcjum GMT zaoferowało cenę nierealną w swojej ofercie, biorąc pod uwagę wielkość obiektu oraz wymogi wykonania dodatkowych czynności przez wykonawcę.
- 8) Odwołujący podniósł także, że jego zastrzeżenia dotyczą również warunku doświadczenia określonego przez Zamawiającego w SIWZ, potwierdzającego, że wykonawca wykazuje się wykonaniem prac projektowych na obiekcie o kubaturze 10 000 m³, podczas gdy planowana przez Zamawiającego inwestycja będzie de facto budową nowego obiektu o kubaturze około 1 200 000 m³.
- 9) Odwołujący podniósł, że wskazane naruszenia skutkowały w efekcie błędnym przyjęciem przez Zamawiającego, że oferta Konsorcjum GMT jest prawidłowa, podczas gdy powinna być wykluczona i odrzucona oraz doprowadziły do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego Perbo z udziału w postępowaniu i w efekcie odrzucenia jego oferty.

II. Sprawa KIO/UZP 226/09

W proteście złożonym przez BeMM wykonawca ten wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia BeMM z postępowania,
- 3) wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy i uznanie oferty złożonej przez Konsorcjum GMT za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy,

- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego BeMM, ewentualnie
- 5) wezwanie do uzupełnienia i / lub złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

Wykonawca ten zaskarżył w proteście następujące czynności Zamawiającego:

- uznanie oferty złożonej przez Konsorcjum GMT za najkorzystniejsza
 - wykluczenie BeMM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z uwagi na nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.3.b SIWZ,
- wskazując w tym zakresie na naruszenia przepisów ustawy: art. 7 ust. 1, 24 ust. 1 pkt 10, 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 91.

W uzasadnieniu swojego protestu Odwołujący BeMM wskazał, że

- 1) Niezasadna była decyzja Zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Zamawiający w swojej decyzji o wykluczeniu BeMM z postępowania wskazał, że w SIWZ wymagał, aby osoby dokonujące sprawdzania projektów posiadały kwalifikacje i doświadczenie odpowiadające doświadczeniu i kwalifikacjom określonym przez Zamawiającego dla osób wskazanych do pełnienia funkcji projektantów. Nie wymagał wskazania w ofercie osób do pełnienia funkcji sprawdzających, a jedynie zachowania tożsamości doświadczenia i kwalifikacji osób sprawdzających i projektantów. Odwołujący w wyniku wezwania przez Zamawiającego, skierowanego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień, co do uprawnień osób przewidzianych do pełnienia funkcji sprawdzających, tak więc, jego zdaniem, wypełnił wszystkie wymogi SIWZ z tym związane, tak na podstawie dokumentów załączonych do oferty, jak i udzielonych wyjaśnień oraz przedłożonych wraz z wyjaśnieniami dodatkowymi dokumentami. Zdaniem Zamawiającego nie odpowiadało to wymogom postawionym przez niego w SIWZ, gdyż:
 - Pan Marcin P., proponowany do pełnienia funkcji sprawdzającego w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, nie posiada uprawnień w wymaganym okresie od 5 lat (uprawnienia od 30 czerwca 2006 r.),
 - Pani Małgorzata O., proponowana do pełnienia funkcji sprawdzającego w specjalności instalacyjnej, posiada uprawnienia wydane na podstawie § 13 ust. 1 pkt 4 lit. b rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji

technicznych w budownictwie wyłącznie do pełnienia funkcji projektanta w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie instalacji sanitarnych, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby osoby takie legitymowały się uprawnieniami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,

- Pan Piotr P., proponowany do pełnienia funkcji sprawdzającego w specjalności telekomunikacyjnej, nie posiada uprawnień do sporządzania projektów w specjalności telekomunikacyjnej w zakresie wymaganym w SIWZ, bowiem posiadane przez niego uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych pozwalają na sporządzanie projektów w specjalności telekomunikacyjnej wyłącznie w odniesieniu do instalacji wewnętrznych,
- Pani Ewa W., proponowana do pełnienia funkcji sprawdzającego w specjalności drogowej, posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót, które nie odpowiadają wymogom SIWZ, bowiem posiadane przez nią uprawnienia obejmują sporządzanie projektów wyłącznie w budownictwie jednorodziennym, zagrodowym oraz innych budynków o kubaturze do 1000 m³ w zakresie objętym specjalnością techniczno – budowlaną, w której mogą kierować budową lub robotami.

Niezależnie od stwierdzenia przez Odwołującego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, podniósł on, że nawet przyjmując, że wykonawca ten nie spełnia tego warunku powinien być wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów, bądź złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

- 2) Co do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum GMT Odwołujący wskazał, że Pan Tomasz P. nie miał umocowania do złożenia w imieniu i na rzecz jednego z konsorcjantów, tj. Karpla Konsulting Sp. z o.o. oświadczenia z art. 22 ustawy. Złączone do oferty pełnomocnictwo upoważnia Pana Tomasza P. do przygotowania, podpisania i złożenia oferty w niniejszym postępowaniu w imieniu i na rzecz Konsorcjum GMT. Z pełnomocnictwa tego nie wynika umocowanie do składania przez Pana Tomasza P. oświadczeń w imieniu i na rzecz Karpla Konsulting Sp. z o.o., w tym do podpisania i złożenia oświadczenia z art. 22 ustawy. Zamawiający wymagał bowiem złożenia tego oświadczenia – na podstawie pkt 9.1.5 SIWZ – sporządzonego według określone w SIWZ wzoru

(złącznik nr 2) i w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oświadczenie miało być złożone wspólnie przy czym winno być podpisane przez każdego z tych wykonawców lub przez pełnomocnika upoważnionego do reprezentowania ich w postępowaniu i do o zawarcia umowy.

- 3) Odwołujący w proteście wskazał ponadto, że Konsorcjum GMT nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego. Zgodnie z pkt 9.3.a) SIWZ wykonawca na potwierdzenie posiadania doświadczenia winien udokumentować, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, przy czym wymagane było wykazanie minimum jednego zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej kompleksu sportowego, widowiskowego lub rekreacyjnego okubaturze nie mniejszej niż 10.000 m³. Ze złożonego przez Konsorcjum GMT wykazu usług wynika, że usługa wskazana w poz. 1 nie spełnia wymogów SIWZ. Jest to bowiem wielofunkcyjna sala gimnastyczna przystosowana do rozgrywek ligowych, a zatem nie jest to usługa odpowiadająca swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Ponadto wartość tej usługi nie koresponduje z wartością przedmiotowego zamówienia. Zadania wykazane w poz. 2 i 3 wykazu nie są natomiast projektami wielobranżowymi, zatem nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia, którym jest właśnie projekt wielobranżowy.

Zamawiający, odnosząc się do złożonego protestu w piśmie z dnia 17 lutego 2009 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 20 lutego 2009 r., protest odrzucił, wskazując, że został on złożony przez podmiot nieuprawniony oraz wpłynął po terminie. Zamawiający wskazał na zapisy pkt 34 SIWZ, gdzie określił zasady obowiązujące w przedmiotowym postępowaniu w przypadku wnoszenia środków ochrony prawnej. W ppkt 2 tego punktu Zamawiający zastrzegł, że w przypadku wnoszenia protestu obowiązuje pisemność jego formy. Wskazał, że zastrzeżenie takie jest zgodne z art. 27 ust. 1 ustawy, który to przepis pozostawia wybór sposobu przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji zamawiającemu. Wskazał, że Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia protestu w dniu 30 stycznia 2009 r. tak więc termin na złożenie protestu upłynął mu w dniu 9 lutego 2009 r. Pisemny protest wpłynął natomiast do Zamawiającego dopiero w dniu 10 lutego 2009 r. Tak więc protest został złożony z uchybieniem terminu i jako taki podlegał odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy.

Wskazując na powyższe Zamawiający z ostrożności procesowej odniósł się jednak w rozstrzygnięciu protestu BeMM do podniesionych w nim zarzutów, uznać je za niezasadne wskazał:

- 1) Co do zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający podniósł, że warunkiem w postępowaniu było zapewnienie tożsamości uprawnień projektantów i sprawdzających, jednakże bez konieczności przedkładania w ofercie odpowiednich dokumentów w stosunku do osób sprawdzających projekty. W związku jednak z tym, że niektórzy wykonawcy w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wskazało również osoby wyznaczone do pełnienia roli sprawdzających projekty, załączając również dokumenty w odniesieniu do tych osób, Zamawiający w celu porównywalności złożonych ofert zwrócił się do pozostałych wykonawców o złożenie wyjaśnień w tym przedmiocie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Nie wzywał jednak Zamawiający do uzupełnienia dokumentów w zakresie osób sprawdzających projekty. Pomimo tego Odwołujący uzupełnił dokumenty w tym zakresie. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że nie miał prawa wziąć pod uwagę przy ocenie spełniania tego warunku uzupełnionych przez niego dokumentów, bowiem nie było to formalne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Uzupełnione dokumenty nie potwierdzają bowiem spełniania przez wykonawcę warunku udziału postawionego przez Zamawiającego w SIWZ, dlatego też Zamawiający powinien był je wziąć pod uwagę, co też uczynił. Stwierdził również, że ponowne wezwanie do uzupełniania dokumentów, które już zostały przez wykonawcę uzupełnione samodzielnie byłoby czynnością niepotrzebną i pozorną.
- 2) Co do zarzutu złożenia oświadczenia w trybie art. 22 ustawy przez pełnomocnika Konsorcjum GMT Zamawiający stwierdził, że uczestnicy Konsorcjum udzielili Panu Tomaszowi P. pełnomocnictwa. Pan Tomasz P. jest natomiast osobą umocowaną do reprezentacji spółki GMT, która zgodnie z treścią pełnomocnictwa jest liderem Konsorcjum. Pełnomocnictwo wskazuje, że Pan Tomasz P. jest umocowany między innymi do podejmowania czynności prawnych w ramach Konsorcjum, zatem pełnomocnictwa te spełniają wymóg pełnomocnictwa rodzajowego. Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzeczenia Sądu Najwyższego oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Wskazał również na orzeczenie KIO, z którego wynika, że oświadczenie z art. 22 ustawy, złożone przez jedną firmę w imieniu całego konsorcjum jest skuteczne.
- 3) Co do zarzutu nie spełniania przez Konsorcjum GMT warunku doświadczenia Zamawiający podniósł, że formułując warunek udziału w postępowaniu nie wskazał

progowej wartości zamówienia, a jedynie określił rodzaj projektowanego obiektu i wskazał na minimalną wymaganą kubaturę, a te wymogi spełnia wykonawca GMT, wskazując jednocześnie, że w przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie Zamawiający musi liczyć wspólny potencjał tych wykonawców, który w ramach konsorcjum ulega pomnożeniu.

Z rozstrzygnięciem protestu nie zgodził się Odwołujący BeMM, składając odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 23 lutego 2009 r. (złożenie w urzędzie pocztowym operatora publicznego w dacie 25 luty 2009 r.). Kopia odwołania została w dacie jego złożenia przekazana również Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący BeMM podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację, zawarte w proteście. Odnosząc się w szczególności do stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu Odwołujący podniósł, że jego protest został niezasadnie przez Zamawiającego odrzucony. Wskazał, że protest przesłał Zamawiającemu drogą faksową w dniu 9 lutego 2009 r., a prawidłowość jego doręczenia w tej dacie Zamawiający potwierdził. Jednocześnie też nadał on w tym samym dniu przesyłką kurierską protest w formie pisemnej. Niezaprzeczalnym jest zatem – w ocenie Odwołującego - że w dacie 9 lutego 2009 r. Zamawiający mógł zapoznać się z treścią protestu, zatem protest został złożony w terminie, o którym mowa w art. 180 ust. 2 ustawy. Powoływanie się przez Zamawiającego na zapisy SIWZ w tym zakresie jest - w ocenie BeMM - nieuprawnione. Odwołujący wskazał przy tym na orzeczenia KIO, wskazujące na niedopuszczalność wprowadzenia ograniczeń w SIWZ w zakresie formy, w której protesty mogą być składane do Zamawiającemu przy dopuszczalnej generalnie formie korespondencji drogą faksową. Odwołujący podniósł przy tym, że sam Zamawiający korzystał z drogi korespondencji faksowej, przysyłając Odwołującemu w takiej postaci rozstrzygnięcie protestu.

Co do zarzutu związanego z wykluczeniem Odwołującego BeMM z postępowania Odwołujący dodał, w stosunku do argumentacji zawartej w proteście, że Zamawiający powinien był oprzeć się przy ocenie spełnia tego warunku na ofercie, w której potwierdził spełnianie warunku. Żądanie przez Zamawiającego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z tego tylko powodu, że inni wykonawcy przedłożyli niewymagalne w SIWZ dokumenty Odwołujący uznał za niezrozumiałe w takim przypadku stwierdził, że Zamawiający nie powinien był przy ocenie tego warunku brać pod uwagę dokumentów przedłożonych przez niego wraz z udzielonymi wyjaśnieniami bowiem dokumenty te zostały złożone „na wszelki wypadek”. Załączone dokumenty w żaden sposób – w ocenie BeMM - nie wpływały na

uznanie, czy Odwołujący spełnia postawiony warunek, czy też nie, bowiem ta okoliczność wykazana już została w samej ofercie tego wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że nie podejmował polemiki z Zamawiającym co do oceny przez niego poszczególnych dokumentów i stwierdzenia braków w zakresie uprawnień w odniesieniu do określonych osób, ponieważ uznał, że spełnił ten warunek już w ofercie, przedkładając w tym zakresie wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Odwołujący BeMM podkreślił, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wywodził nieprawdziwe twierdzenia, które rzekomo podnosił Odwołujący.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum GMT Odwołujący wskazał, że udzielone przez firmę Karpla Consulting Sp. z o.o. nie może być uznane za wystarczające do złożenia również w imieniu tej firmy oświadczenia w trybie art. 22 ustawy, bowiem pełnomocnictwo to wskazuje wyraźnie konkretne czynności, co do których został ustanowiony pełnomocnik – jest to wyłącznie przygotowanie, podpisanie i złożenie oferty w imieniu i na rzecz konsorcjum. Z treści pełnomocnictwa wynika prawo podejmowania czynności w imieniu konsorcjum, ale nie w imieniu i na rzecz Karpla Consulting Sp. z o.o., a tym samym – w ocenie Odwołującego – Pan Tomasz Pilch nie miał prawa do złożenia w imieniu tej firmy, wchodzącej w skład konsorcjum oświadczenia, składanego w trybie art. 22 ustawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w protestach, odwołaniach i rozstrzygnięciach protestów oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Rozpatrywane przez Izbę dwa odwołania zostały rozpoznane łącznie w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2009 r., wydanego w tym przedmiocie.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, że nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy. Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby zobowiązany był do merytorycznego rozpoznania złożonych odwołań.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 200/09

Rozpatrując odwołanie Perbo Izba dopuściła dowody z: dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowień SIWZ oraz treści oferty Odwołującego, protokołu postępowania wraz załącznikami, jak również z treści protestu, odwołania i rozstrzygnięcia protestu.

Skład orzekający Izby oddalił przedmiotowe odwołanie uznając, że Odwołujący wnosząc je nie miał interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej, czyli w tym przypadku tak protestu, jak i odwołania, konieczne jest wykazanie uszczerbku - rzeczywistego lub potencjalnego - w swoim interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia, który to uszczerbek powstał na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W świetle przywołanego przepisu dla skuteczności złożenia tak protestu, jak i odwołania, istotne jest więc wypełnienie przez wykonawcę, uczestnika konkursu lub też inną osobę trzech przesłanek:

- 1) uszczerbku w interesie prawnym związanym z uzyskaniem danego zamówienia
- 2) naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych
- 3) związku przyczynowego pomiędzy konkretnym naruszeniem, a powstaniem, bądź możliwością powstania uszczerbku w interesie prawnym.

Wskazane przesłanki powinny być wypełnione przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI ustawy na każdym etapie korzystania z tych środków – tak na etapie protestu, odwołania, jak i ewentualnie skargi.

W rozpatrywanej przez Izbę sprawie Odwołujący Perbo został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, bowiem nie kwestionował tej czynności Zamawiającego w określonym, ustawowym terminie, w trybie protestu. Argumenty, zarzuty i żądania podniesione w tym zakresie dopiero na etapie odwołania nie mogą być rozpatrzone przez Izbę, bowiem - stosownie do treści art. 191 ust. 3 ustawy - nie były zawarte w proteście. Tym samym wobec braku oprotestowania tej czynności Zamawiającego decyzja o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu stała się ostateczna. Wykonawca ten formalnie przestał być podmiotem, który jest zainteresowany uzyskaniem tego konkretnego zamówienia w wyniku zaniechania swoich własnych działań. Tym samym rozpatrywanie podnoszonych przez tego Odwołującego zarzutów, dotyczących oferty konkurencyjnej, która została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, w żaden sposób nie wpływa - nawet potencjalnie - na możliwość uzyskania przez Odwołującego Perbo tego zamówienia.

Odwołujący zresztą zdaje sobie z tego sprawę, wnosząc w odwołaniu o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający Izby nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, który wskazywał na podstawie niektórych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 16 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 296/08 i sygn. akt: KIO/UZP/303/08 oraz wyrok z dnia 17 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 538/08 i KIO/UZP 543/08), że posiada interes prawny do złożenia rozpatrywanego przez Izbę odwołania w szerokim rozumieniu tego pojęcia, czyli interes prawny *sensu largo*.

W ocenie składu orzekającego Izby, o takim interesie można byłoby mówić w sytuacji, gdy wykonawca w dalszym ciągu jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia (czyli nie jest wykluczony z udziału w postępowaniu, albo został wykluczony, ale kwestionuje tę czynność, bądź jego oferta jest ważna albo została odrzucona, a on kwestionuje zasadność tej czynności), niemniej w postępowaniu zachodzi taka okoliczność, która uniemożliwia podpisanie umowy i udzielenie zamówienia, bowiem zostaje wypełniona któraś z przesłanek z art. 93 ust. 1 ustawy, wskazujących na obowiązek unieważnienia postępowania.

W dalszym bowiem ciągu w tym przypadku, wykonawca ten – choć potencjalnie – niemniej jednak miałby szanse na uzyskanie zamówienia. Podobna sytuacja może mieć również uzasadnienie, gdy wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu oceny ofert zauważa pewną okoliczność, której stwierdzenie wskazuje na wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a jako wykonawca sklasyfikowany na drugiej pozycji potencjalnie ma również szanse na uzyskanie zamówienia na podstawie art. 94 ust. 2 ustawy, w sytuacji gdy wykonawca wybrany do realizacji zamówienia odmówiłby podpisania umowy.

Skład orzekający Izby generalnie podziela przywołane przez Odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowisko doktryny odnośnie rozumienia interesu prawnego *sensu largo*, sprowadzające się do tego, że uzasadnieniem dla wnoszenia środków prawnych jest zapewnienie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzące do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą. Uwzględniając powyższe, jednak w sposób odmienny niż Odwołujący, skład orzekający Izby interpretuje wskazane rozumienie interesu prawnego. Powyższe może dotyczyć – jak jedno z przywołanych przez Odwołującego orzeczeń KIO (wyrok z dnia 17 czerwca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 538/08, KIO/UZP 543/08) możliwości oprotestowania dokumentacji z postępowania (protest na treść ogłoszenia, czy postanowienia SIWZ). Może to również dotyczyć sytuacji w wskazanej powyżej, w której wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, uzyskując formalnie status wykonawcy, weryfikuje niezgodne z przepisami ustawy zachowania Zamawiającego, które mogą prowadzić do zawarcia ewentualnie

nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niemniej podmiot ten jest wykonawcą w dalszym ciągu, potencjalnie zainteresowanym uzyskaniem zamówienia i potencjalnie ma taką możliwość (nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, jego oferta nie została odrzucona, albo nastąpiły te negatywne dla niego zdarzenia, ale on również je podważa, korzystając w tym zakresie ze środków ochrony prawnej).

W rozpatrywanej przez Izbę sprawie Odwołujący Perbo przestał być zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia faktycznie (w perspektywie tego postępowania), jak i potencjalnie (gdyby nie istotne okoliczności w sprawie, prowadzące do unieważnienia postępowania nie zaistniały, Zamawiający mógłby dokonać wyboru oferty wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej jako najkorzystniejszej), bowiem *de facto* zgodził się on z Zamawiającym, poprzez brak oprotestowania czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, że nie będzie uczestniczył (faktycznie, czy teoretycznie - potencjalnie) w procesie ubiegania się o dane zamówienie.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby nie odniósł się do merytorycznych, konkretnych zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznając, że nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka (interes prawny), warunkująca możliwość rozpoznania tych zarzutów.

Na marginesie należy zauważyć, że część zarzutów podniesionych w odwołaniu nie była poprzedzona protestem (zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego z postępowania, brak wymaganego w SIWZ doświadczenia po stronie Konsorcjum GMT, zaoferowanie przez Konsorcjum GMT nierealnej ceny ofertowej, zarzut dotyczący sposobu określenia przez Zamawiającego warunku doświadczenia), w związku z powyższym nie podlegały również rozpatrzeniu na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 226/09

Rozpatrując odwołanie BeMM Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowień SIWZ oraz treści oferty Odwołującego i oferty Konsorcjum GMT, treści zapytania o wyjaśnienie oferty Odwołującego oraz udzielone przez niego wyjaśnienia, protokołu postępowania wraz załącznikami, jak również z treści protestu, odwołania i rozstrzygnięcia protestu.

Odnosząc się do tego odwołania skład orzekający Izby w pierwszej kolejności również podjął ustalenia, co do oceny interesu prawnego po stronie tego wykonawcy,

warunkującego możliwość rozpoznania zarzutów. Dokonując tej oceny skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu, jednak podnoszone przez niego, tak na etapie protestu, jak i ponowione na etapie odwołania, zarzuty dotyczą tej właśnie czynności Zamawiającego, z którą Odwołujący się nie zgadza. Niezależnie od tego zarzutu Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, uwzględniając przy tym cenę ofertową, która była brana pod uwagę przy ocenie ofert jako jedyne kryterium oceny, jego oferta w przypadku przywrócenia go do udziału w postępowaniu byłaby najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący wykazał się interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia, jak również uprawdopodobnił konkretne naruszenia przepisów ustawy, poprzez przedstawienie w tym zakresie umotywowanej argumentacji i wykazał związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem Zamawiającego, a pozbawieniem Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu i uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów dotyczących oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum GMT) skład orzekający Izby stwierdził, że obydwa z podnoszonych zarzutów, tak dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum GMT z powodu niezłożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wynikających z art. 22 ust.1 ustawy, z uwagi na brak umocowania w tym zakresie dla Pana Tomasza Pilcha do działania w imieniu i na rzecz firmy Karpla Konsulting Sp. z o.o. wchodzącej w skład Konsorcjum GMT, jak i zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum GMT z powodu nie spełniania warunku doświadczenia.

Co do pierwszej kwestii skład orzekający Izby ustalił, że w treści oferty Konsorcjum GMT na str. 87 znajduje się pełnomocnictwo z dnia 5 stycznia 2009 r. udzielone w imieniu firmy Karpla Konsulting Sp. z o.o. przez osoby umocowane do reprezentacji tej firmy (zgodnie z odpisem KRS na str. 19 oferty – dwaj członkowie zarządu ujawnieni w KRS). W pełnomocnictwie tym wskazana firma upoważniła Pana Tomasza P. do: „przygotowania, podpisania i złożenia oferty w przetargu (...) w imieniu i na rzecz konsorcjum zawartego w dniu 05.01.2009 r. przez następujące podmioty gospodarcze: GMT Sp. z o.o., Karpla Konsulting Sp. z o.o. Władysław i Marcin Sarata prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą ZRRB SARBUD S.C.” Dokonując oceny wskazanego pełnomocnictwa skład orzekający Izby uznał, że firma Karpla Konsulting Sp. z o.o. ustanowiła niniejszym swojego pełnomocnika w osobie Pana Tomasza P. do reprezentowania tej firmy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego

dotyczy złożone odwołanie. W ocenie Izby pełnomocnikiem tym został ustanowiony Pan Tomasz P., a nie firma GMT – jak wskazywał zarówno Odwołujący w trakcie rozprawy, jak i Zamawiający. Udzielone pełnomocnictwo poprzez wskazanie etapów związanych z tokiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przygotowanie, podpisanie i złożenie oferty w postępowaniu) jest jednym z dwóch, jeśli chodzi o dopuszczalny i prawidłowy, w trybie art. 23 ust. 2 ustawy, zakres pełnomocnictw – mianowicie pełnomocnictwem do reprezentowania w postępowaniu (a nie pełnomocnictwem do reprezentowania w postępowaniu i podpisania umowy). Jest to zatem pełnomocnictwo skuteczne i upoważniające Pana Tomasza P. do reprezentowania wskazanej firmy w niniejszym postępowaniu w ramach zawiązanego konsorcjum.

W ocenie składu orzekającego Izby, uwzględniając przepis art. 65 § 1 Kc w związku z art. 14 ustawy, z treści pełnomocnictwa można wywieść w sposób nie budzący wątpliwości, że ustanowiony pełnomocnik, skoro jest upoważniony do podpisania i złożenia oferty, a tym samym reprezentacji w postępowaniu przed Zamawiającym, ma również prawo do skutecznego podpisania i złożenia w imieniu i na rzecz firmy Karpla Consulting Sp. z o.o. oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 ustawy, które to oświadczenie jest nieodłącznym elementem składanej oferty. Zgodnie z wymogiem Zamawiającego, opisanym w 9.1.5 SIWZ, w przypadku podmiotów ubiegających się o zamówienie wspólnie oświadczenie takie miał podpisać, bądź każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, bądź też ustanowiony przez tych wykonawców w trybie art. 23 ust. 2 ustawy pełnomocnik. Skoro w tym przypadku oświadczenie zawarte na str. 3-4 oferty Konsorcjum GMT zostało prawidłowo – jak ustalono – podpisane przez pełnomocnika, jest ono skuteczne i zgodne z wymogami SIWZ postawionymi w tym zakresie przez Zamawiającego.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 ustawy, jak również art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ustawy.

Co do zarzutu niespełnienia warunku doświadczenia przez Konsorcjum GMT i zaniechania wykluczenia z tego powodu wykonawcy z udziału w postępowaniu, skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że Zamawiający opisał ten warunek w pkt 9.1.3) lit. a SIWZ, wskazując, że: *„Wykonawca musi udokumentować, że w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności wykonawcy jest krótszy – w tym okresie – wykonał usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, przy czym wymagane jest wykazanie minimum jednego zamówienia na wykonanie dokumentacji*

projektowej kompleksu sportowego, widowiskowego lub rekreacyjnego, o kubaturze nie mniejszej niż 10 000 m³."

Konsorcjum GMT w swojej ofercie w wykazie wykonanych usług (str. 48 - 49 oferty) dla wykazania spełniania tego warunku wskazało trzy pozycje:

1. wielofunkcyjna sala gimnastyczna przystosowana do rozgrywek ligowych,
2. stadion miejski - Wrocław 2012 wielofunkcyjny budynek miejskiego stadionu piłkarskiego Euro 2012 z pomieszczeniami o funkcji biurowej, konferencyjnej, zapleczem technologicznym i technicznym wraz z parkingami oraz infrastrukturą naziemną i podziemną,
3. obiekt sportowo – rekreacyjny Terma Aqua Park.

Na potwierdzenie należytego wykonania tych usług wykonawca przedłożył stosowne dokumenty (str. 50 – 52 oferty). Odwołujący kwestionuje wszystkie trzy wykazane usługi wskazując, że pierwsza z nich nie ma charakteru kompleksu sportowego wielofunkcyjnego, ponieważ jest to sala gimnastyczna. W trakcie rozprawy Zamawiający stwierdził również, że miał wątpliwości, co do tej inwestycji i wskazał, że przedmiotem uznania przez niego, że Konsorcjum GMT spełnia warunek doświadczenia zawodowego, było uwzględnienie usług wykazanych przez tego wykonawcę w poz. 2 i 3 wykazu, czym Zamawiający przyznał okoliczności wywodzone przez Odwołującego. Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie odnosił się do argumentacji Odwołującego w zakresie niespełniania warunku przez Konsorcjum GMT co do usługi wykazywanej w poz. 1, uznając, że okoliczności te potwierdził sam Zamawiający.

W zakresie usług wykazanych w poz. 2 i 3 wykazu - w ocenie Zamawiającego - każda z tych usług samodzielnie stanowi potwierdzenie wypełnienia warunku określonego w SIWZ. Odwołujący wskazywał natomiast, że każda z tych usług nie odpowiada swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, jedna bowiem dotyczy przygotowania wyłącznie projektu instalacyjnego (poz. 2) druga zaś wyłącznie projektu konstrukcyjnego (poz. 3). Żadna z dokumentacji nie jest zatem - w ocenie Odwołującego BeMM - wielobranżową kompleksową dokumentacją. Zamawiający zaś twierdził, że wykazywane usługi należy rozpatrywać w kontekście również dokumentów referencyjnych, z których wynika, że projekty dotyczyły realizacji kompleksowej dokumentacji.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do tego zarzutu i uwzględniając w tym zakresie stanowiska stron uznał, że Zamawiający, dokonując opisu warunku doświadczenia w SIWZ z jednej strony, korzystając z przyjętych powszechnie w praktyce standardów, przepisał część postanowień rozporządzenia 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. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

Zamawiający przepisał w części ogólny fragment treści § 1 ust. 2 pkt 2 tego rozporządzenia, wskazujący na konieczność rodzajowej tożsamości usług wykazywanych w ramach doświadczenia z przedmiotem zamówienia. Z drugiej jednak strony Zamawiający doprecyzował ten warunek w sposób konkretny, żądając wykazania się realizacją minimum jednego zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej kompleksu sportowego, widowiskowego lub rekreacyjnego o kubaturze 10 000 m³. Istotne zatem dla Zamawiającego było, aby była to usługa projektowania konkretnych obiektów o konkretnej kubaturze. Zamawiający nie uszczegółowił natomiast konkretnej wartości usługi oraz tego, co ma wchodzić w zakres wykazywanej dokumentacji projektowej. Tym samym należy uznać, że Zamawiający w tym zakresie nie postawił konkretnych wymogów, stąd też nie jest uzasadnione wywodzenie negatywnych skutków dla wykonawcy z faktu braku uszczegółowienia zapisów SIWZ w tym przedmiocie.

Uwzględniając powyższe Konsorcjum GMT wypełniło warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia. Bez wątplenia - w ocenie Izby – usługa wykazana w poz. 2 jest obiektem o minimalnej wymaganej kubaturze i jest to obiekt o charakterze kompleksu sportowego. Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do usługi z poz. 3 wykazu.

W związku z powyższym Konsorcjum GMT nie podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, jak również art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ustawy.

Odnosząc się w dalszej kolejności do zarzutu niesłusznego wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego BeMM skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten potwierdził się, jednakże działając na podstawie art. 191 ust. 1 a ustawy skład orzekający Izby nie mógł uwzględnić odwołania z powodu potwierdzenia się tego zarzutu, bowiem nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w celu przywrócenia BeMM do udziału w postępowaniu nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania. Oferta uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza jest po rozpatrzeniu wobec niej zarzutów nadal ważna oraz wykonawca ten nie podlega wykluczeniu, oferta ta pozostaje bowiem w dalszym ciągu ofertą najkorzystniejszą pod względem jedyne go kryterium oceny ofert w postępowaniu, tj. kryterium cenowego. Powyższa ocena dotyczy wszystkich ważnych ofert, w tym również oferty Odwołującego, która jest droższa od oferty Konsorcjum GMT.

Niemniej wskazany zarzut zasługuje na uwzględnienie w ocenie Izby, z uwagi na to, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia BeMM z udziału w postępowaniu ze

względu na dołączone przez tego wykonawcę dokumenty w trybie wezwania go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

Zamawiający, działając na podstawie przywołanego przepisu ustawy, zwrócił się do Odwołującego w piśmie z dnia 16 stycznia 2009 r. o złożenie wyjaśnień, poprzez zapytanie, czy w wykonywaniu zamówienia będą uczestniczyć osoby sprawdzające projekty w poszczególnych branżach, posiadające wymagane w SIWZ kwalifikacje oraz, czy wykonawca uwzględnił ich uczestnictwo w cenie ofertowej.

Odwołujący BeMM w piśmie z dnia 19 stycznia 2009 r. udzielił tych wyjaśnień, wskazując, że uczestnictwo tych osób zostało uwzględnione w cenie ofertowej. Do tych wyjaśnień dołączony został wykaz projektantów i osób sprawdzających wraz z kwalifikacjami i uprawnieniami.

Podstawą wykluczenia BeMM z udziału w postępowaniu przez Zamawiającego było uznanie, że osoby wskazane w nowych, przedłożonych w wyniku złożenia wyjaśnień, dokumentach nie spełniają wymogów Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby poprzez złożenie wyjaśnień Odwołujący BeMM w żaden sposób nie podważył swojego oświadczenia woli wyrażonego w treści oferty, tj. w przedłożonym wykazie i dokumentach dotyczących kwalifikacji i uprawnień. W ocenie Izby na podstawie zapisów SIWZ można wywieść jednoznacznie, że zarówno dla osób wskazanych do pełnienia funkcji projektanta, jak i osób sprawdzających konieczne było przedłożenie przez wykonawców dokumentów określonych w pkt 9.1.3) lit. c SIWZ. W sytuacji uznania przez Zamawiającego, że przedłożone dokumenty nie spełniają warunku udziału w postępowaniu Zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Samodzielne przedłożenie przez wykonawcę takich dokumentów, bez odrębnego wezwania przez Zamawiającego nie może być traktowane jako uzupełnienie dokumentów, z tego względu, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy wymaga w tym zakresie podjęcia inicjatywy działania ze strony Zamawiającego, a nie wykonawcy. Po drugie samodzielne przedłożenie przez wykonawcę dokumentów niezamierzanych przez Zamawiającego w skierowanym wezwaniu do złożenia wyjaśnień treści oferty jest również nieskuteczne z uwagi na treść art. 87 ust. 1 ustawy, który zakazuje zmiany treści oferty oraz prowadzenia w tym zakresie negocjacji z wykonawcą. Przyjęcie, jako uzupełnienie oferty, dokumentów przedłożonych na wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadzi w sposób niedopuszczalny przepisami ustawy do negocjacji w tym zakresie pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym. Zamawiający dokumenty te powinien przyjąć do oceny wyłącznie w zakresie postawionego w żądaniu wyjaśnień pytania i złożonych w tym przedmiocie wyjaśnień przez wykonawcę. Nie może natomiast oceniać tych dokumentów w kontekście spełniania warunku udziału w postępowaniu. W żaden bowiem sposób przedłożenie ich nie doprowadziło do sytuacji, w której straciłyby ważności dokumenty

przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą, jak wskazano powyżej. Odwołujący nie złożył bowiem takiego oświadczenia woli. Taka sytuacja miałaby miejsce wyłącznie w okolicznościach stwierdzenia, że dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku nie zostały złożone, bądź zawierają błędy, co skutkowałoby koniecznością wezwania do uzupełniania dokumentów trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Uwzględniając powyższe podjęcie decyzji przez Zamawiającego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Odwołującego BeMM wyłącznie na podstawie przedłożonych w sposób nieprzewidziany przepisami ustawy dokumentów, a nie w oparciu o dokumenty załączone do oferty, jest nieuprawnione. Po ewentualnym stwierdzeniu, że przedłożone w ofercie dokumenty są niewystarczające (nie zostały złożone, bądź zawierają błędy) Zamawiający powinien był – jak wskazano powyżej – skorzystać z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy, ewentualnie poprzedzonej wyjaśnieniem treści złożonych dokumentów, przewidzianym w art. 26 ust. 4 ustawy, nie powinien był natomiast wykluczać Odwołującego z postępowania.

Skład orzekający Izby zwrócił uwagę, że Zamawiający poprzez nieprecyzyjne sformułowanie zapisów SIWZ, dotyczących jego wymogów w zakresie osób sprawdzających - co przyznał w trakcie rozprawy - oraz formułując w sposób niejasny wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, sam doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy mogli mieć wątpliwości w jaki sposób wypełnić żądania Zamawiającego z uwagi na nieczytelne oczekiwania z jego strony w tym zakresie. Powyższe nie może wpływać na sytuację wykonawców i ich dyskwalifikować w sytuacji, gdy złożyli dokumenty, które nie były żądane przez Zamawiającego.

Tym samym skład orzekający Izby stwierdził w tym zakresie naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 przez Zamawiającego. Jednakże, jak wskazano powyżej, potwierdzenie się tego zarzutu nie może skutkować uwzględnieniem odwołania z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oraz art. 191 ust. 1a ustawy orzeczono jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków - koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę ustanowionych w sprawie pełnomocników.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....